

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La fin du contrat

Jacquemin, Hervé; Ronneau, Virginie

Published in:

De quoi le contrat est-il le nom ?

Publication date:

2017

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Jacquemin, H & Ronneau, V 2017, La fin du contrat: Et après ? Le point sur certaines suites de l'extinction du contrat en droit économique. Dans *De quoi le contrat est-il le nom ? : applications et tendances récentes du droit des contrats*. Unité de droit des obligations de la Faculté de droit de Namur, Anthemis, Limal, p. 65-109.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

La fin du contrat. Et après ?

Le point sur certaines suites de l'extinction du contrat en droit économique

Hervé JACQUEMIN

*Chargé de cours à l'Université de Namur (CRIDS)
Avocat au barreau de Bruxelles*

Virginie RONNEAU

*Assistante à l'Université de Namur
Avocate au barreau de Mons*

Introduction

1. Comment le contrat se finit-il ? Suivant le cours normal des choses, le contrat se termine lorsque chacune des parties a exécuté les obligations qui lui incombait ou qu'il est arrivé au terme convenu (un terme extinctif – une durée d'un an, sans reconduction, par exemple).

Il n'est toutefois pas rare qu'il soit mis fin au contrat alors même que certaines obligations contractuellement prévues restent encore en souffrance ou avant la survenance du terme convenu par les parties. On parlera alors de *dissolution* du contrat, pour laquelle on distingue les causes contemporaines à la formation du contrat (annulation ou rescision) et celles qui interviennent en cours d'exécution (résiliation, résolution, caducité, etc.)¹.

2. Suites de la fin du contrat. Quelle que soit l'hypothèse, la fin du contrat ne signifie pas que les parties sont nécessairement libérées de toute obligation l'une envers l'autre. On constate au contraire que, nonobstant (et en raison de) la fin du contrat, les parties restent soumises à de nombreuses obligations, d'origine conventionnelle, légale ou prétorienne.

Pour les désigner, la doctrine parle généralement d'obligations « post-contractuelles » ou d'obligations « survivant » au contrat².

¹ Sur la distinction entre les causes de dissolution des contrats contemporaines à la formation des contrats et celles qui lui sont postérieures, voy. P. WÉRY, « Vue d'ensemble sur les causes d'extinction des contrats », in P. WÉRY (coord.), *La fin du contrat*, coll. CUP, vol. 51, Liège, 2001, pp. 15-16, n° 6 et pp. 17 et s.; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, coll. Précis de la faculté de droit de l'UCL, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 897 et s.

² À ce propos, voy. G. CARLE, « Les obligations post-contractuelles », in *La fin du contrat*, Association Belge des juristes d'Entreprises – Vlaams Pleitgenootschap bij de Balie te Brussel – Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, 1993, pp. 259-285; M. FONTAINE, « Les obligations "survivant au contrat" »,

À l'analyse, le droit économique³ se révèle un terreau fertile où les exemples de ces obligations sont abondants.

L'objet de la présente contribution est de dessiner un panorama de celles-ci, pour illustrer la variété du régime qui leur est applicable tout en essayant, dans la mesure du possible, de mettre l'accent sur les lignes de force récurrentes qui auraient été constatées.

3. Plan et limites de la présente contribution. La doctrine s'efforce généralement de classer les obligations post-contractuelles selon une typologie *ad hoc*, dont l'objectif est principalement de nature pédagogique⁴.

Tenant compte des fonctions poursuivies par ces obligations, nous retenons une division en deux parties, suivant qu'il s'agit de nouvelles obligations qui visent à liquider les droits et obligations des parties en fin de contrat (chapitre 1) ou, au contraire, d'obligations en vigueur en cours d'exécution du contrat et qui restent d'application nonobstant la survenance du terme, l'exécution par les parties de leurs obligations respectives ou la dissolution du contrat (chapitre 2).

Sans prétendre à l'exhaustivité, les illustrations choisies ressortissent au droit économique, tel qu'applicable aux entreprises, dans leurs relations avec d'autres entreprises ou avec des consommateurs. Une attention particulière est apportée aux obligations ayant fait l'objet de dispositions légales ou réglementaires spécifiques, adoptées récemment.

Les obligations éventuelles de restitution résultant d'une cause de dissolution du contrat *ex tunc* ne sont pas examinées, s'agissant d'un régime spécifique pour lequel nous renvoyons le lecteur à la doctrine autorisée⁵.

in P. WÉRY (coord.), *La fin du contrat*, coll. CUP, vol. 51, Liège, 2001, pp. 159-191; P. VAN OMMESSLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 1030-1032; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, op. cit., pp. 948 et s.; F. JENNÉ et E. VOETS, «Post-closing-verbintenissen en -formaliteiten», in *Contractuele clausules*, vol. 3, *Koop, Aandelen*, Anvers, Intersentia, 2016, pp. 303-348; Th. VANCOPPERNOLLE, «Postcontractuele clausules», in *Contractuele clausules*, vol. 3, *Koop, Aandelen*, Anvers, Intersentia, 2016, pp. 367-424; L. CORNELIS et V. SAGAERT, «Postcontractuele bedingen», in S. STIJNS et K. VANDERSCHOT (éd.), *Contractuele clausules rond de (niet-)uitvoering en de beëindiging van contracten*, Anvers, Intersentia, 2006, pp. 291-333. En droit français, voy. M.-E. ANDRÉ, M.-P. DUMONT et Ph. GRIGNON, *L'après-contrat*, Levallois, Éd. Francis Lefebvre, 2005, spéc. pp. 137-178.

³ Nous n'examinons toutefois pas les obligations qui trouveraient leur source en droit des sociétés.

⁴ Voy. p. ex. M. FONTAINE, «Les obligations "survivant au contrat" dans les contrats internationaux», *D.P.C.I.*, 1984, pp. 9 et s. ou P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, op. cit., pp. 952 et s., qui distinguent principalement la liquidation du passé et la prolongation dans l'avenir.

⁵ P. WÉRY, *ibid.*, pp. 337 et s. et pp. 635 et s.; P. VAN OMMESSLAGHE, *Droit des obligations*, t. II, op. cit., pp. 965 et s. et pp. 1001 et s.; L. CORNELIS et V. SAGAERT, «Postcontractuele bedingen», op. cit., pp. 294 et s.

Chapitre 1

Liquidations des droits et obligations des parties en fin de contrat

4. Fonction de ces obligations post-contractuelles. Dans cette première subdivision, nous examinons quelques exemples d'obligations dont l'exigibilité est conditionnée par la fin du contrat.

Elles ont pour objectif commun de liquider les droits et les obligations des parties. Plus précisément, nous nous penchons sur les indemnités dues à la fin du contrat, non liées à une faute, dans certains contrats d'intermédiation commerciale (section 1), l'obligation de restitution (ou de destruction) des données (section 2) et les mesures levant les obstacles à la migration des services et la conclusion d'un nouveau contrat auprès d'un autre prestataire (section 3).

D'autres illustrations auraient également pu être mentionnées, notamment dans les contrats de distribution, telles que le sort des stocks non encore écoulés ou des commandes en cours au moment de la fin du contrat⁶. On peut aussi citer, dans le domaine de la franchise, l'introduction dans le contrat de « clauses prévoyant la récupération par le franchiseur de tout élément corporel ou incorporel lui appartenant en cas de cessation du contrat »⁷.

Section 1

Indemnités de fin de contrat non liées à une faute

5. Délimitation du propos. Il arrive que la fin du contrat entraîne l'exigibilité d'indemnités. En règle générale, les parties peuvent prévoir l'octroi d'indemnités suite à la résiliation du contrat au profit de l'une d'elles. Inversement, elles peuvent aussi exclure tout droit à pouvoir bénéficier d'une indemnisation en fin de contrat. Dans les deux cas, elles devront respecter les dispositions impératives et d'ordre public.

Ponctuellement, le législateur est intervenu aux fins de protéger l'une des parties en lui garantissant un droit à indemnités en l'absence de faute de l'autre partie. C'est notamment le cas dans certains contrats du droit de la distribution où il existe, depuis de nombreuses années, des dispositions spécifiques, regroupées désormais dans le livre X du Code de droit économique (C.D.E.)⁸. La

⁶ Sur ce point, voy. M. FONTAINE, «Les obligations "survivant au contrat" dans les contrats internationaux», op. cit., pp. 11 et s.; P. WÉRY, *ibid.*, p. 952; L. CORNELIS et V. SAGAERT, *ibid.*, pp. 311 et s.

⁷ Art. 5 du Code de déontologie européen de la franchise.

⁸ Loi du 2 avril 2014 portant insertion du livre X « Contrats d'agence commerciale, contrats de coopération commerciale et concessions de vente » dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre X, dans le livre I^{er} du Code de droit économique, *M.B.*, 28 avril 2014 (entrée en vigueur le 31 mai 2014).

problématique du droit à des indemnités « post-contractuelles » est ici envisagée dans le cadre du contrat de concession de vente exclusive à durée indéterminée (A), du contrat d'agence commerciale (B) et du contrat de franchise (C).

A. Contrat de concession de vente exclusive à durée indéterminée⁹

6. Contexte. Dès 1961, le législateur belge a réglementé la résiliation unilatérale du contrat de concession de vente exclusive (ou quasi exclusive ou entraînant pour le concessionnaire des obligations importantes)¹⁰ à durée indéterminée¹¹. Les dispositions de la loi, aujourd'hui intégrées dans le Code de droit économique (art. X.35 à X.40 du C.D.E.), visent essentiellement à protéger le concessionnaire, partie supposée faible au contrat, et sont applicables aux seules concessions de vente dont les obligations doivent être exécutées en Belgique¹².

7. Caractère impératif de l'article X.37 du C.D.E. et clause contractuelle dérogatoire. Le droit à l'indemnité complémentaire du concessionnaire est régi par l'article X.37 du C.D.E. qui s'énonce comme suit :

« Si la concession de vente visée à l'article X.35 est résiliée par le concédant pour d'autres motifs que la faute grave du concessionnaire, ou si ce dernier met fin au contrat en raison d'une faute grave du concédant, le concessionnaire peut prétendre à une indemnité complémentaire équitable.

Cette indemnité est évaluée, selon le cas, en fonction des éléments suivants :

- 1° la plus-value notable de clientèle apportée par le concessionnaire et qui reste acquise au concédant après la résiliation du contrat ;
- 2° les frais que le concessionnaire a exposés en vue de l'exploitation de la concession de vente et qui profiteraient au concédant après l'expiration du contrat ;
- 3° les dédits que le concessionnaire doit au personnel qu'il est dans l'obligation de licencier par suite de la résiliation de la concession de vente. À défaut d'accord des parties, le juge statue en équité, et, le cas échéant, en tenant compte des usages. »

L'ancien article 6, alinéa 1^{er}, de la loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive stipulait que « les dispositions de la présente loi sont applicables nonobstant toutes conventions contraires

⁹ Anciennement régi par la loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée (M.B., 5 octobre 1961), abrogée.

¹⁰ Voy. actuellement l'art. X.35 du C.D.E.

¹¹ P. KILESTE, « La concession de vente », in P. HOLLANDER (dir.), *Le droit de la distribution*, coll. CUP, vol. 110, Liège, Anthemis, 2009, pp. 7-142, spéc. p. 9.

¹² J.-P. FIERENS, A. MOTTET HAUGAARD, T. FAELLI et S. GRIESS, *La loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation des concessions de vente exclusive à durée indéterminée. Chronique de jurisprudence (1997-2007)*, coll. Les dossiers du J.T., n° 70, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 108 à 110. Sur la compétence du juge belge quant à une demande en paiement d'une indemnité complémentaire équitable, voy. Cass. (1^{re} ch.), 25 mars 2010, *Pas.*, 2010, p. 1015.

conclues avant la fin du contrat accordant la concession»¹³. En conséquence, le concessionnaire peut seulement renoncer au bénéfice de la protection qui lui est reconnue postérieurement à la fin du contrat, à un moment où il n'est plus dans un lien de dépendance économique vis-à-vis du concédant¹⁴.

Eu égard au caractère impératif de l'article X.37 du C.D.E., les parties ne peuvent exclure le droit du concessionnaire de pouvoir bénéficier d'une indemnisation. Cependant, la question de savoir si l'ancienne loi de 1961 (et donc l'article X.37 du C.D.E.) est impérative vis-à-vis des deux parties ou vise la seule protection du concessionnaire est controversée en jurisprudence¹⁵.

Deux questions méritent réflexion. Premièrement, les parties peuvent-elles s'accorder dès le départ sur des montants minimaux en faveur du concessionnaire au titre des trois éléments de l'indemnité complémentaire ? L'on a pu soutenir en doctrine l'admissibilité de principe de clauses contractuelles en ce sens sur la base d'un raisonnement par analogie tenu au départ d'un arrêt rendu par la Cour de cassation le 27 octobre 2000¹⁶. À cette occasion, la Haute juridiction avait admis la validité d'une clause de préavis minimale susceptible de renforcer la protection du concessionnaire¹⁷. La liberté du juge de fixer une indemnité équitable plus élevée à la suite de la résiliation du contrat n'en serait par ailleurs pas altérée. En outre, le fait que la Cour de cassation estime que l'indemnité complémentaire « naît et se détermine au moment de la dénonciation du contrat » n'est pas de nature à faire échec à ce raisonnement. De telles clauses paraissent dès lors valables sauf à considérer que l'article X.37 du C.D.E. présente un caractère impératif bilatéral, et offre dès lors une protection tant à l'égard du concessionnaire que du concédant.

¹³ L'article 6 de la loi du 1961, qui était initialement repris dans le projet de loi sous l'article X.41 a été supprimé – sans doute par erreur – dans son intégralité à la suite de l'avis du Conseil d'État (avis n° 54.379/1 du 29 novembre 2013, p. 10). Ce dernier avait préconisé la suppression de l'article X.41, alinéa 2, en projet, en ce qu'il reproduisait littéralement la disposition transitoire contenue à l'article 6, alinéa 2, de la loi. L'article 6 a ensuite totalement disparu. Voy. le projet de loi portant insertion du livre X « Contrats d'agence commerciale, contrats de coopération commerciale et concessions de vente » dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre X, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2013-2014, n° 53-3280/1, pp. 16-17.

¹⁴ M. WAGEMANS, *Concession de vente*, coll. Répertoire pratique du droit belge, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 165.

¹⁵ Voy. not. Anvers, 17 décembre 2004, R.G. n° 03/04663, inédit et Comm. Bruxelles, 16 juin 1998, R.G. n° 4665/97, inédit, cités et commentés par J.-P. FIERENS, A. MOTTET HAUGAARD, T. FAELLI et S. GRIESS, *La loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation des concessions de vente exclusive à durée indéterminée. Chronique de jurisprudence (1997-2007)*, op. cit., p. 107.

¹⁶ S. WILLEMART (et E. FONTAINE), « Analyse comparée des mécanismes et questions d'actualité posées par l'indemnité de clientèle en matière de concession de vente, par l'indemnité d'éviction en matière d'agence et par le droit commun en matière de franchise », in D. PUTZEYS (dir.), *Regards croisés sur la distribution : concession, agence, franchise*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 54.

¹⁷ Cass., 27 octobre 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 1640, R.D.C., 2001, p. 457, note K. DAELE. Pour un commentaire, voy. également P. KILESTE, « La concession de vente », op. cit., spéc. pp. 69-70. Notez que l'article 6 de la loi du 27 juillet 1961 a aujourd'hui disparu (voy. *supra*, n° 7).

Deuxièmement, les parties peuvent-elles s'accorder lors de la conclusion du contrat sur une indemnisation portant sur des postes non explicitement repris à l'article X.37 du C.D.E. au bénéfice du concessionnaire? Cette question appelle une réponse négative dès lors que les postes énumérés à cette disposition revêtent un caractère limitatif (voy. *infra*, n° 9). Dans cet ordre, une demande d'indemnisation pour perte de bénéfice résultant de conditions plus onéreuses d'achat a été rejetée¹⁸. Bien que la loi vise «*principalement la protection du concessionnaire*»¹⁹, il n'est d'ailleurs pas certain qu'elle n'entende apporter aucune protection au concédant, en limitant notamment les dommages susceptibles d'être indemnisés du fait de la résiliation.

8. Naissance du droit à indemnité. Le droit du concessionnaire à une indemnité, qualifiée par le texte de «complémentaire»²⁰, «naît et se détermine au moment de la dénonciation du contrat»²¹, pour autant que celle-ci intervienne *soit* par le concédant «pour d'autres motifs que la faute grave du concessionnaire», *soit* par le concessionnaire «en raison d'une faute grave du concédant».

9. Éléments d'évaluation de l'indemnité complémentaire et principe d'équité. La loi prescrit que cette indemnité, qui se veut – de l'aveu même du texte – «équitable» et «globale»²², est évaluée en fonction de trois éléments qui sont *limitativement* énumérés²³. Si cette indemnité peut être unique – car englobant les différents postes (plus-value notable de clientèle, frais et dédits) –, rien n'interdit au juge d'accorder des indemnités distinctes²⁴.

¹⁸ Comm. Bruxelles, 11 février 1965, *J.T.*, 1965, p. 250, note G. BRICMONT.

¹⁹ Cass., 27 octobre 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 1640, R.D.C., 2001, p. 457, note K. DAELE. La Cour s'est exprimée au sujet de l'article 6 de la loi en ces termes: «*waar uit de wetsgeschiedenis blijkt dat artikel 6 van vermeldde wet hoofdzakelijk de bescherming beoogt van de concessiehouder*». Un arrêt plus ancien de la Cour de cassation semblait quant à lui retenir la seule protection par la loi du concessionnaire: comp. Cass., 28 juin 1979, *Pas.*, 1979, I, pp. 1260 et s. et les conclusions de M. l'avocat général KRINGS (allant également en ce sens), *J.T.*, 1979, p. 626.

²⁰ Cette qualification impropre pourrait laisser penser que le droit à l'indemnité complémentaire est subordonné au droit pour le concessionnaire de pouvoir bénéficier de l'indemnité compensatoire de préavis alors qu'il ne l'est pas. Voy. en ce sens: Cass. (1^{re} ch.), 31 octobre 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 1105, *Arr. Cass.*, 1997, p. 1056.

²¹ À la différence de la «juste indemnité», prévue à l'article X.36 du C.D.E., qui doit être comprise comme l'indemnité compensatoire de préavis.

²² Cass. (1^{re} ch.), 7 avril 2005, *Pas.*, 2005, p. 804, R.W., 2005-2006, col. 1176, obs. D. MERTENS, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1448. Voy. aussi Cass., 25 mars 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 822 (préavis de résiliation).

²³ Ce terme ressort explicitement des travaux préparatoires. Voy. Rapport de la Commission des classes moyennes du Sénat sur la proposition de loi n° 172 sous articles 4 et 5 de la proposition, *Pasin.*, 1961, p. 633.

²⁴ En ce sens, voy. S. WILLEMART (et E. FONTAINE), «Analyse comparée des mécanismes et questions d'actualité posées par l'indemnité de clientèle en matière de concession de vente, par l'indemnité d'éviction en matière d'agence et par le droit commun en matière de franchise», *op. cit.*, pp. 51 et s., spéc. p. 57 et les références citées.

²⁵ L'avis du Conseil d'État rendu à l'occasion de la proposition de loi envisage en effet les «diverses indemnités» dont le concédant peut être tenu envers le concessionnaire (*Pasin.*, 1961, p. 635). La Cour de cassation a également confirmé la possibilité pour le juge «d'allouer au concessionnaire une indem-

La charge de la preuve pèse sur le concessionnaire²⁶. Le juge du fond apprécie souverainement en fait l'existence des éléments ouvrant le droit aux indemnités sur la base des circonstances de la cause. Ainsi, dans un arrêt du 6 mai 2016, après avoir considéré que l'article 3, alinéa 1^{er}, 1^o, de la loi du 27 juillet 1961 était applicable au litige²⁷, la Haute juridiction a rejeté le pourvoi introduit contre l'arrêt d'appel, estimant que celui-ci justifiait légalement sa décision de ne pas accorder d'indemnité de clientèle. Le juge du fond avait relevé que le concessionnaire avait continué à vendre les produits concernés après la résiliation des contrats. En outre, il n'était pas établi que le concédant ait notablement tiré profit de la clientèle développée par le concessionnaire et les contrats résiliés ne prévoyaient aucune exclusivité, si bien que le concédant avait toujours pu vendre en direct²⁸.

L'objectif poursuivi par le législateur, tel qu'il ressort des travaux préparatoires, était de pallier «une situation profondément injuste»²⁹ à laquelle était exposé le concessionnaire à la fin du contrat. Le constat était le suivant: lors de la résiliation du contrat par le concédant, le concessionnaire a bien souvent réalisé des efforts importants et consenti des frais au bénéfice de la concession. Au surplus, il risque de devoir licencier son personnel à la suite de cette rupture de contrat³⁰. Il doit donc être «indemnisé». C'est cet objectif d'équité qui sous-tend la philosophie du système³¹.

En l'absence de preuve de préjudice, le concessionnaire peut-il avoir droit à une indemnité? Si les deuxième et troisième postes de l'indemnité complémentaire (indemnité pour frais et pour dédits dus au personnel licencié)

nit distincte pour plus-value notable de clientèle et pour frais» (Cass., 20 juin 2008, *Pas.*, 2008, p. 1590, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1365, R.W., 2009-2010, p. 33, note D. MERTENS). Pour un détail de ces indemnités et une méthode de calcul, le lecteur est invité à se référer aux ouvrages suivants: S. WILLEMART (et E. FONTAINE), *ibid.*, pp. 58-74; M. WAGEMANS, *Concession de vente, op. cit.*, spéc. pp. 127 à 141; P. KILESTE, «La concession de vente», *op. cit.*, pp. 98-119; J.-P. FIERENS, A. MOTTET HAUGAARD, T. FAELLI et S. GRIESS, *La loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation des concessions de vente exclusive à durée indéterminée. Chronique de jurisprudence (1997-2007)*, *op. cit.*, pp. 87-102; M. et S. WILLEMART, *Les concessions de vente en Belgique*, 2^e éd., Waterloo, Kluwer, 2007, pp. 117-125 et 130-133.

²⁶ P. KILESTE, *ibid.*, p. 99, et les références citées. Voy. également Gand, 17 mai 2002, R.D.C., 2003, p. 528; Comm. Tongres (5^e ch.), 15 novembre 2011, *Limb. Rechtsl.*, 2015, p. 50.

²⁷ Bien que l'arrêt ait été rendu postérieurement à l'insertion du livre X dans le C.D.E., la loi du 27 juillet 1961 était applicable au litige soumis à la cour d'appel. En effet, conformément à l'article 10, § 3, de la loi du 2 avril 2014 portant insertion du livre X dans le C.D.E., les dispositions de la loi du 27 juillet 1961 demeurent applicables, malgré toutes conventions contraires, aux concessions de vente conclues avant la date d'abrogation de la loi précitée.

²⁸ Cass. (1^{re} ch.), 6 mai 2016, *D.A.O.R.*, 2016, n° 119, p. 31.

²⁹ Proposition de loi sur les concessions de vente exclusive – Développements, Sén., séance du 23 février 1960, *Pasin.*, 1961, p. 630.

³⁰ Ces motifs ressortent des travaux préparatoires.

³¹ Sur cette question, voy. entre autres P. KILESTE et C. STAUDT, «Rôles de l'équité, de la bonne foi et des usages dans les contrats de distribution commerciale», in D. PUTZEYS (dir.), *Regards croisés sur la distribution: concession, agence, franchise, op. cit.*, spéc. p. 29.

requièrent que la preuve d'un préjudice soit établie³², ce n'est pas le cas de l'indemnité pour plus-value notable de clientèle qui est également de nature à compenser la valeur de l'actif apporté³³. Dans cette lignée, nous approuvons un arrêt rendu le 24 avril 1996 par la Cour d'appel de Mons qui avait jugé que l'indemnité complémentaire pour plus-value notable de clientèle pouvait être octroyée «même en l'absence de preuve de préjudice» du concessionnaire³⁴. Partant, l'octroi de cette indemnité vise bien à garantir «une plus grande stabilité de contrat»³⁵.

À ce propos, on peut d'ailleurs regretter la formulation selon laquelle la clientèle doit «rester acquise au concédant après la résiliation du contrat», qui pourrait – à tort – inciter le juge à se placer au jour où l'exploitation de la concession prend définitivement fin pour déterminer l'indemnité complémentaire du concessionnaire³⁶.

10. L'indemnité due au concessionnaire doit-elle être évaluée *in abstracto* ou *in concreto*? À défaut d'accord des parties à la suite de la notification de la rupture du contrat, quel est le moment à prendre en considération par le juge pour fixer l'indemnité complémentaire équitable? Le juge doit-il se replacer au moment de la résiliation du contrat (appréciation *in abstracto*) ou peut-il prendre en compte des éléments postérieurs, connus au moment de prendre sa décision (appréciation *in concreto*)³⁷? Cette question a fait l'objet de controverses en doctrine³⁸.

Plusieurs enseignements peuvent être tirés des arrêts rendus par la Cour de cassation : 1) le juge doit – en règle – se replacer *au moment de la dénonciation du contrat*³⁹; 2) ce principe n'implique cependant pas que des événements postérieurs ne puissent avoir aucune incidence sur l'issue du litige⁴⁰; 3) le juge du

³² M. WAGEMANS, *Concession de vente*, op. cit., spéc. pp. 137 et 139; L. DU JARDIN, *Le droit belge de la distribution commerciale – Les aspects juridiques de la stratégie de distribution*, coll. Les dossiers du J.T., n° 173, Bruxelles, Larcier, 1992, pp. 132-133.

³³ Pour une évaluation de la valeur que représente la clientèle, voy. Bruxelles, 15 mars 1990, *J.L.M.B.*, 1990, p. 804.

³⁴ Mons, 24 avril 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 566.

³⁵ Proposition de loi sur les concessions de vente exclusive – Développements, Sén., séance du 23 février 1960, op. cit., p. 630.

³⁶ En ce sens : M. WILLEMART et A. DESTRYCKER, «Un pont trop loin? Quand et comment évaluer, selon les derniers arrêts de la Cour de cassation, les indemnités prévues par les articles 2 et 3 de la loi du 27 juillet 1961?», obs. sous Cass., 7 janvier 2005, *J.L.M.B.*, 2006, pp. 957 et s., spéc. pp. 965-966. Voy. aussi *infra*, n° 10.

³⁷ Sur cette question, voy. spécialement M. WILLEMART et A. DESTRYCKER, *ibid.*, pp. 957 et s.

³⁸ Voy. entre autres P. KILESTE et M. CALUWAERTS, «La notion d'équité dans l'article 3 de la loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des contrats de concession de vente exclusive à durée indéterminée», obs. sous Cass. (3^e ch.), 26 avril 2010, *R.C.J.B.*, 2013, pp. 115 et s.; M. et S. WILLEMART, *Les concessions de vente en Belgique*, op. cit., pp. 127-129; M. WILLEMART et A. DESTRYCKER, *ibid.*, pp. 957 et s.

³⁹ Cass. (1^{re} ch.), 10 février 2005, *Pas.*, 2005, p. 337, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1440; Cass. (1^{re} ch.), 7 avril 2005, *Pas.*, 2005, p. 804, *R.W.*, 2005-2006, col. 1176, obs. D. MERTENS, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1448.

⁴⁰ Cass. (1^{re} ch.), 7 avril 2005, *Pas.*, 2005, p. 804, *R.W.*, 2005-2006, col. 1176, obs. D. MERTENS, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1448.

fond peut – «sur la base d'une appréciation qui gît en fait»⁴¹ – «prendre [ou ne pas prendre]⁴² en considération [...] les éléments dont il a connaissance au moment de sa décision, notamment la situation du concessionnaire après la cessation du contrat»⁴³, aux fins de «satisfaire au critère d'équité fixé par la loi»⁴⁴. À ce titre, le comportement fautif ou nuisible de l'une des parties, adopté en cours de préavis, pourrait entrer en ligne de compte⁴⁵.

B. Contrat d'agence commerciale⁴⁶

11. Directive européenne. Le contrat d'agence commerciale a fait l'objet d'une directive européenne datée du 18 décembre 1986⁴⁷, transposée en droit belge par une loi du 13 avril 1995, dont les dispositions ont aujourd'hui été intégrées dans le livre X du Code de droit économique sous les articles X.1 à X.25.

12. Caractère impératif des articles X.18, X.19 et X.20 du C.D.E. et clause contractuelle dérogatoire. Les dispositions qui règlent le droit à indemnités de l'agent commercial s'énoncent comme suit :

«**Art. X.18.** Après la cessation du contrat d'agence commerciale, l'agent commercial a droit à une indemnité d'éviction lorsqu'il a apporté de nouveaux clients au commettant ou a développé sensiblement les affaires avec la clientèle existante, pour autant que cette activité puisse encore procurer des avantages substantiels au commettant.

Si le contrat d'agence commerciale prévoit une clause de non-concurrence, le commettant est réputé, sauf preuve contraire, recevoir des avantages substantiels.

Le montant de l'indemnité d'éviction est fixé en tenant compte tant de l'importance du développement des affaires que de l'apport de clientèle.

L'indemnité d'éviction ne peut dépasser le montant d'une année de rémunération, calculé d'après la moyenne des cinq dernières années, ou, si la durée du contrat d'agence commerciale est inférieure à cinq ans, d'après la moyenne des années précédentes.

⁴¹ Cass. (3^e ch.), 26 avril 2010, *R.C.J.B.*, 2013, p. 98, obs. P. KILESTE et M. CALUWAERTS.

⁴² *Ibid.*

⁴³ Cass. (1^{re} ch.), 10 février 2005, *Pas.*, 2005, p. 337, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1440; Cass. (1^{re} ch.), 7 avril 2005, *Pas.*, 2005, p. 804, *R.W.*, 2005-2006, col. 1176, obs. D. MERTENS, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1448.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ P. KILESTE et C. STAUDT, «Rôles de l'équité, de la bonne foi et des usages dans les contrats de distribution commerciale», op. cit., spéc. p. 38; P. KILESTE et M. CALUWAERTS, «La notion d'équité dans l'article 3 de la loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des contrats de concession de vente exclusive à durée indéterminée», op. cit., n° 28, p. 135.

⁴⁶ Antérieurement régi par la loi du 13 avril 1995 relative au contrat d'agence commerciale (M.B., 2 juin 1995), abrogée. Les règles que nous verrons sont applicables tant dans le cadre d'un contrat à durée déterminée que dans un contrat à durée indéterminée.

⁴⁷ Directive européenne relative 86/653/CEE du Conseil du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants.

L'indemnité d'éviction n'est pas due :

- 1° si le commettant a mis fin au contrat d'agence commerciale en raison d'un manquement grave prévu à l'article X.17, alinéa 1^{er}, imputable à l'agent ;
- 2° si l'agent a mis fin au contrat d'agence commerciale, à moins que cette cessation ne soit due à un motif prévu à l'article X.17, alinéa 1^{er}, imputable au commettant ou qui soit la conséquence de l'âge, l'infirmité ou la maladie de l'agent commercial en raison desquels la poursuite de ses activités ne peut raisonnablement plus être exigée de lui ;
- 3° lorsque, selon un accord avec le commettant, l'agent commercial ou ses héritiers cèdent à un tiers les droits et obligations qu'ils détiennent en vertu du contrat d'agence commerciale.

L'agent perd le droit à l'indemnité d'éviction s'il n'a pas notifié au commettant, dans un délai d'un an à compter de la cessation du contrat d'agence commerciale, qu'il veut faire valoir ses droits.

Art. X.19. Pour autant que l'agent commercial ait droit à l'indemnité d'éviction visée à l'article X.18 et que le montant de cette indemnité ne couvre pas l'intégralité du préjudice réellement subi, l'agent commercial peut, mais à charge de prouver l'étendue du préjudice allégué, obtenir en plus de cette indemnité, des dommages-intérêts à concurrence de la différence entre le montant du préjudice réellement subi et celui de cette indemnité.

Art. X.20. Le droit aux indemnités visées aux articles X.18 et X.19 naît également lorsque la cessation du contrat intervient à la suite du décès de l'agent commercial.»

Le caractère impératif de ces dispositions est confirmé par l'article X.21 du C.D.E. qui dispose que « [l]es parties ne peuvent pas, avant l'échéance du contrat d'agence commerciale, déroger aux dispositions des articles, X.18, X.19 et X.20 au détriment de l'agent commercial ». Ainsi, dans un arrêt du 8 mai 2000, la Cour d'appel d'Anvers a jugé illicite la clause qui stipule que « tous les clients restent la propriété du commettant » et que « l'agent ne peut réclamer des dommages et intérêts pour les nouveaux clients à la fin du contrat »⁴⁸. Une telle clause méconnaît en effet le prescrit de l'article X.18 du C.D.E.

Bien que le texte stipule que l'on ne puisse déroger à ces articles avant l'échéance du contrat « au détriment de l'agent commercial », il n'est pas certain que ces dispositions présentent seulement un caractère impératif unilatéral⁴⁹. Ceci notamment compte tenu de la limitation de l'indemnité d'éviction qui est plafonnée au montant d'une année de rémunération, protégeant ainsi le commettant d'une éventuelle charge économique excessive⁵⁰.

⁴⁸ Anvers, 8 mai 2000, D.A.O.R., 2001, p. 167.

⁴⁹ En ce sens, P. DEMOLIN, *Le contrat d'agence. Droits et obligations*, coll. Pratique du droit, Waterloo, Kluwer, 2014, n° 34 et 122, pp. 35 et 131. Voy. cependant P. CRAHAY, *La rupture du contrat d'agence commerciale*, coll. Les dossiers du J.T., n° 65, Bruxelles, Larcier, 2008, spéc. n° 89, p. 85, qui défend un caractère impératif uniquement en faveur de l'agent.

⁵⁰ Voy. à ce sujet le souci du législateur, tel que repris dans les travaux préparatoires (*Doc. parl.*, Sén., sess. extr. 1991-1992, n° 355-1, pp. 19-20).

13. Naissance et appréciation du droit à une indemnité d'éviction «équitable». Les hypothèses dans lesquelles l'agent commercial n'aura pas droit à une indemnité d'éviction sont limitativement énumérées à l'article X.18, alinéa 5 (1° à 3°), du C.D.E., où l'on remarque une similitude importante avec le régime applicable aux concessions de vente, notamment en ce que l'indemnité d'éviction ne sera pas due si la rupture est intervenue en raison d'un manquement grave de l'agent⁵¹.

Le montant de l'indemnité d'éviction doit être *équitable*⁵². Aux termes de la loi, l'indemnité sera due si l'agent commercial « a apporté de nouveaux clients au commettant ou a développé sensiblement les affaires avec la clientèle existante, pour autant que cette activité puisse encore procurer des avantages substantiels au commettant »⁵³. Cette condition est reprise dans un libellé presque identique à celui de la directive (art. 17, § 2, sous a), premier tiret)⁵⁴. Elle est appréciée par le juge « au moment où le contrat prend fin »⁵⁵ et ne requiert pas « que l'apport ou le développement des affaires, après la cessation du contrat, procure encore effectivement des avantages substantiels au commettant »⁵⁶.

Comme en matière de concession de vente, le juge dispose ici également de la possibilité de « tenir compte de toutes les circonstances dont il dispose au moment où il rend sa décision »⁵⁷.

⁵¹ Si la rupture n'intervient pas en raison d'un manquement grave de l'agent, ce dernier ne peut être privé de son droit à l'indemnité d'éviction. On pense notamment à « l'existence d'un manquement de l'agent commercial, ayant eu lieu après la notification de la résiliation du contrat moyennant préavis et avant l'échéance de celui-ci, qui était de nature à justifier une résiliation sans délai du contrat en cause ». Voy. en ce sens C.J.U.E., 28 octobre 2010, arrêt *Volvo Car Germany GmbH c. Autohof Weidensdorf GmbH*, C-203/09, R.D.C., 2013, pp. 93-98. En doctrine : P. KILESTE et C. STAUDT, « Pour une réforme du régime d'indemnisation de la résiliation pour faute grave des contrats de concession et d'agence », *J.T.*, 2015, p. 774 ; A. de SCHOUTHEETE, « Manquement grave de l'agent et préavis : état de la question », *R.D.C.*, 2013, p. 98.

⁵² Cette exigence d'équité, qui ressort de l'article 17, § 2, a), deuxième tiret, de la directive, n'a pas été explicitement reprise dans le texte de loi belge. Voy. L. DU JARDIN, « Agence commerciale : ce que la loi ne dit pas », in P. HOLLANDER (dir.), *Le droit de la distribution*, coll. CUP, vol. 110, Liège, Anthémis, 2009, spéc. pp. 151-159 et s. ; P. KILESTE et C. STAUDT, « Rôles de l'équité, de la bonne foi et des usages dans les contrats de distribution commerciale », *op. cit.*, spéc. pp. 42-43.

⁵³ Comme pour l'indemnité due au titre de plus-value notable de clientèle en matière de concession de vente, l'indemnité d'éviction présente une double nature (indemnisation et valeur de contrepartie) ; en ce sens : P. CRAHAY, *La rupture du contrat d'agence commerciale*, *op. cit.*, spéc. n° 88, p. 84. Sur les conditions d'octroi, voy. les contributions spécifiques sur le sujet citées *supra*, à la note n° 49.

⁵⁴ Voy. sur la notion de « nouveaux clients » au sens de la directive, l'arrêt prononcé le 7 avril 2016 par la C.J.U.E., arrêt *Marchon Germany GmbH c. Yvonne Karaszewicz*, C-315/14, J.L.M.B., 2017, p. 536, R.D.C., 2016, p. 640. Sur la qualité du bénéficiaire de ces avantages substantiels, voy. C.J.C.E., 26 mars 2009, arrêt *Turgay Semen c. Deutsche Tamoil GmbH*, C-348/07, <http://curia.europa.eu>, concl. M. POIARES MADURO, R.D.C., 2009, p. 722.

⁵⁵ Cass. (1^{re} ch.), 15 mai 2008, *Pas.*, 2008, p. 1198, R.W., 2011-2012, col. 139.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ Cass., 5 novembre 2009, *Arr. Cass.*, 2009, p. 2565, *Pas.*, 2009, p. 2523. La Cour a précisé que le juge peut aussi avoir égard aux faits et circonstances « qui influencent la continuité de la relation entre le commettant et la clientèle, pour autant qu'ils ne soient pas imputables au commettant ».

En tout cas, le montant de l'indemnité d'éviction ne peut dépasser le montant d'une année de rémunération⁵⁸.

14. Charge de la preuve. En règle, la preuve de la réunion des conditions ouvrant le droit à une indemnité d'éviction repose sur l'agent commercial.

L'article X.18 du C.D.E. révèle cependant une particularité. Si le contrat d'agence commerciale prévoit une clause de non-concurrence, le commettant est réputé, sauf preuve contraire, recevoir des avantages substantiels. Cette condition ne doit donc pas être démontrée par l'agent. La condition relative à l'apport de clientèle ne doit pas l'être davantage, grâce à la présomption instituée au bénéfice de l'agent par l'article X.22, § 3, du C.D.E.⁵⁹. Le commettant peut cependant renverser cette double présomption⁶⁰.

15. Prescription. En vertu du dernier alinéa de l'article X.18 du C.D.E., «l'agent perd le droit à l'indemnité d'éviction s'il n'a pas notifié au commettant, dans un délai d'un an à compter de la cessation du contrat d'agence commerciale, qu'il veut faire valoir ses droits». À côté de cette disposition particulière, la prescription des actions naissant du contrat d'agence commerciale est régie par l'article X.24 du C.D.E., qui fixe un délai de prescription d'un an après la cessation du contrat ou de cinq ans après le fait qui a donné naissance à l'action, sans que ce dernier délai puisse excéder un an après la cessation du contrat.

Ces deux délais sont indépendants l'un de l'autre⁶¹. Comme l'ont souligné certains auteurs, ils créent cependant un régime peu cohérent⁶². En effet, d'une part, afin de bénéficier de son droit à l'indemnité d'éviction, il suffira à l'agent commercial d'exprimer clairement sa demande de paiement d'une indemnité de clientèle par une notification au commettant, non soumise aux formalités des articles 2242 et suivants du Code civil⁶³. Alors que, d'autre part, pour toutes les autres actions qui découlent du contrat, l'agent commercial devra introduire une action en justice pour interrompre la prescription⁶⁴. Le praticien veillera dès lors à être particulièrement attentif à ces règles de prescription et à leurs effets⁶⁵.

16. Dommages et intérêts complémentaires prévus à l'article X.19 du C.D.E. Cette disposition autorise l'agent commercial à postuler des dommages et intérêts complémentaires à concurrence de la différence entre le

⁵⁸ Art. X.18, al. 4, du C.D.E.

⁵⁹ P. DEMOLIN, *Le contrat d'agence. Droits et obligations*, op. cit., pp. 127-128, n°s 116, 117 et 118.

⁶⁰ Pour un cas d'application, voy. Cass., 25 mars 2010, *Pas.*, 2010, p. 986, R.D.C., 2010, p. 686.

⁶¹ En ce sens : A. DEJOLIER et P. KILESTE, «Considérations générales sur les délais de prescription prévus par les articles X.18 et X.24 du Code de droit économique», obs. sous Bruxelles, 26 mai 2016, *J.L.M.B.*, 2017, pp. 577-578.

⁶² En ce sens, L. DU JARDIN, «Prescriptions et nullités en droit de la distribution», *R.D.C.*, 2016, p. 397.

⁶³ P. CRAHAY, *La rupture du contrat d'agence commerciale*, op. cit., n° 132, p. 131, et les références citées en jurisprudence et en doctrine. Voy. également Gand, 16 février 2005, D.A.O.R., 2005, liv. 76, p. 329.

⁶⁴ L. DU JARDIN, «Prescriptions et nullités en droit de la distribution», op. cit., p. 396.

⁶⁵ À ce propos, voy. P. CRAHAY, *La rupture du contrat d'agence commerciale*, op. cit., n° 132, p. 131.

montant du préjudice réellement subi et celui couvert par l'indemnité d'éviction. Afin d'obtenir ceux-ci, il doit satisfaire à trois conditions :

- 1° il doit avoir droit à l'indemnité d'éviction visée à l'article X.18 du C.D.E.;
- 2° il faut que le montant de cette indemnité ne couvre pas l'intégralité du préjudice réellement subi;
- 3° il doit prouver l'étendue du préjudice allégué, sans qu'il soit toutefois question de faute.

L'objet de cette indemnité complémentaire a fait l'objet de nombreuses controverses. Selon certains auteurs, l'indemnité visée s'appliquait à un dommage distinct de celui provenant de la perte de clientèle. Pour d'autres auteurs, cette indemnité recouvrait indifféremment «tout préjudice réellement subi», une fois remplies les conditions pour bénéficier de l'indemnité d'éviction. Selon une troisième interprétation, qui était privilégiée par la Cour de cassation, les dommages et intérêts complémentaires couvraient un préjudice de même nature que celui réparé par l'indemnité de clientèle, mais excédant la limite fixée à l'article X.18 du C.D.E.⁶⁶.

Finalement, à la suite de plusieurs questions préjudicielles posées par la Cour d'appel de Bruxelles, la Cour de justice de l'Union européenne a été amenée à trancher la controverse dans le désormais célèbre arrêt *Quenon* du 3 décembre 2015⁶⁷. À cette occasion, la Cour a dit pour droit que l'indemnisation de l'agent par des dommages et intérêts complémentaires au sens de l'article 17, § 2, sous c), de la directive (art. X.19 du C.D.E. belge) exige «un préjudice distinct de celui réparé par l'indemnité de clientèle»⁶⁸. Et d'ajouter : «S'il en était autrement, le plafond du montant de l'indemnité prévu à l'article 17, paragraphe 2, sous b, de la directive serait contourné.»⁶⁹ Pour autant qu'une réglementation nationale respecte ces exigences, elle peut⁷⁰ donc prévoir l'octroi de dommages et intérêts complémentaires au bénéfice de l'agent commercial afin de couvrir l'intégralité du préjudice qu'il a subi. En outre, interpellée sur la nécessité de démontrer une faute du commettant en relation causale avec le préjudice allégué, la Cour de justice a confirmé qu'en l'absence de précision à ce sujet dans la directive, cette question ressortait du droit national des États membres⁷¹. La Cour de cassation suit depuis lors cette interprétation⁷².

⁶⁶ Sur ces opinions et pour des références en jurisprudence de fond, voy. N. GODIN et P. KILESTE, *Contrat d'agence commerciale*, op. cit., pp. 233-240; D. BOGAERT et Th. BONTINCK, «Arrêt "Quenon" : rupture d'un contrat d'agence commerciale et sort de l'indemnité complémentaire», *J.D.E.*, 2016, p. 59; C. STAUDT et N. GODIN, «Arrêt *Quenon* de la Cour de justice : indemnités auxquelles l'agent commercial peut prétendre en fin de contrat», *J.T.*, 2016, p. 602.

⁶⁷ C.J.U.E., 3 décembre 2015, arrêt *Quenon* K. SPRL c. Beobank SA et Metlife Insurance SA, C-338/14, *J.L.M.B.*, 2016, p. 1094, obs. P. CRAHAY. Sur cet arrêt, voy. les références citées *supra*, à la note n° 68.

⁶⁸ Point 40 de l'arrêt.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ Ces dommages et intérêts présentent en effet un caractère facultatif (confirmé par la Cour dans son arrêt).

⁷¹ Points 37 et 38 de l'arrêt.

⁷² Cass. (1^{re} ch.), 27 mai 2016, *J.L.M.B.*, 2017, pp. 542 et s., obs. A. DEJOLIER et P. KILESTE, *R.D.C.*, 2017, p. 562.

C. Contrat de franchise

17. Absence de législation spécifique. À la différence du contrat de concession de vente exclusive à durée indéterminée et du contrat d'agence commerciale, le contrat de franchise ne fait pas l'objet d'une législation spécifique octroyant au franchisé le droit de pouvoir revendiquer une indemnité de clientèle à la fin du contrat. En conséquence, pour bénéficier d'une indemnisation, le franchisé doit en principe, conformément au droit commun, établir une faute du franchiseur, par exemple dans la rupture (brutale) du contrat⁷³.

18. Le recours à la théorie de l'enrichissement sans cause? Afin de contourner cette carence législative, certains plaideurs de l'Hexagone ont réclamé une indemnisation pour perte de clientèle sur la base de l'article 1371 du Code civil au profit du franchisé⁷⁴. Dans un arrêt du 23 octobre 2012, la Cour de cassation française (chambre commerciale) a refusé que le fondement de l'enrichissement sans cause puisse servir de base à l'octroi d'une indemnité de clientèle à la suite de la notification de la rupture des contrats par le franchiseur au motif que « l'appauvrissement et l'enrichissement allégués trouvent leur cause dans l'exécution ou la cessation de la convention conclue entre les parties »⁷⁵. Une solution similaire doit-elle prévaloir en droit belge ? À défaut de législation particulière, une réponse identique est apportée par la jurisprudence de fond et la doctrine⁷⁶, même si on peut regretter l'absence de protection du franchisé.

⁷³ S. WILLEMART (et E. FONTAINE), « Analyse comparée des mécanismes et questions d'actualité posées par l'indemnité de clientèle en matière de concession de vente, par l'indemnité d'éviction en matière d'agence et par le droit commun en matière de franchise », *op. cit.*, p. 96.

⁷⁴ La France ne connaît pas non plus de règle spécifique octroyant aux franchisés une indemnité pour perte de clientèle.

⁷⁵ Cass. fr. (ch. com.), 23 octobre 2012, pourvoi n° 11-21.978, D., 2012, p. 2862. Un second pourvoi, rendu le même jour et connu sous le n° 11-25.175, qui intéressait un simple distributeur, a connu une issue similaire. Pour un commentaire, voy. aussi *Rev. trim. dr. civ.*, 2013, p. 114. Pour une critique de cette solution et sur ses effets à l'égard des distributeurs, voy. les observations de N. DISSAUX, parues au *Recueil Dalloz*, 2012, pp. 2862-2866. Ces décisions sont en contrariété avec l'approche précédemment retenue par la Cour de cassation qui avait déjà été sollicitée à l'occasion de l'affaire ayant donné lieu au pourvoi n° 11-21.978 (Cass. fr., 9 octobre 1997, *Rev. trim. dr. civ.*, 2008, p. 300).

⁷⁶ Anvers, 7 janvier 2010, R.W., 2011, p. 233, obs. D. MERTENS. En doctrine, voy. O. CLEVENBERGH, « La question de l'attribution d'une "indemnité de clientèle" au franchisé à la fin du contrat », in B. SIMPLAERE, L. HAWKES et P. DEMOLIN, *Commercial distribution/La distribution commerciale/Commerciële distributie*, Bruxelles, Larcier, 2014, spéc. pp. 194-204; D. MERTENS, *Bescherming van cliënteel*, Anvers, Intersentia, 2011, pp. 484 et s.; P. NAEYAERT, *Distributeurs en handelstussenpersonen: met focus op beëindiging*, Bruges, die Keure, 2012, pp. 778 et s.; S. CLAEYS, *Franchising. Tussen zelfstandigheid en afhankelijkheid: een onevenwichtige samenwerking?*, Bruges, die Keure, 2009, pp. 597 et s.

Section 2

Obligation de restitution ou de destruction des données traitées en exécution du contrat

19. Enjeux. Il n'est pas rare qu'en exécution d'un contrat, l'une des parties soit amenée à traiter les données de son cocontractant.

L'hypothèse se rencontre par exemple lorsqu'une entreprise fait appel à un prestataire pour archiver ses données sur le long terme ; pour bénéficier d'un logiciel de gestion de ses clients, et des contrats passés avec ceux-ci, en ce compris l'hébergement des données y afférentes ; pour héberger un site internet ; voire encore dans le cadre d'une opération plus large d'externalisation de son environnement IT, conformément à un contrat d'*outsourcing*. Lorsqu'il est mis fin au contrat, le titulaire de ces données souhaitera les récupérer (et/ou obtenir la garantie qu'elles ont été détruites), voire organiser leur transfert vers un autre prestataire⁷⁷.

Les particuliers – consommateurs – sont également concernés : qu'il s'agisse des courriers électroniques de leur compte *gmail* ou *outlook*, de photos partagées sur les réseaux sociaux ou stockées dans le *cloud*, voire encore de documents créés dans *Google doc* ou hébergés sur des plateformes de type *Dropbox*, il existe de nombreux cas de figure dans lesquels, à l'issue du contrat avec ce prestataire, les consommateurs souhaiteront disposer pleinement de ces données.

Dans la majorité des hypothèses, les services font l'objet de dispositions contractuelles spécifiques, que l'utilisateur est invité à accepter, sans marge de négociation (s'agissant généralement de contrats d'adhésion). Dans certaines circonstances cependant – des relations entre entreprises jouissant d'un pouvoir de négociation équilibré –, les parties peuvent modifier le projet de convention, de sorte qu'elle leur assure un niveau plus élevé de sécurité juridique, notamment lors de la dissolution du contrat.

Nous examinons les dispositions légales spécifiques, d'une part (A), les règles conventionnelles susceptibles d'être adoptées par les parties et les obligations tirées de la théorie générale des contrats, d'autre part (B).

A. Dispositions légales spécifiques

20. Objet du présent point. En fonction de l'objet du service, la nature des données ou la qualité des parties, des dispositions légales ou réglementaires doivent, le cas échéant, être observées.

Nous nous limitons aux dispositions applicables aux traitements de données à caractère personnel (1), telles qu'elles figurent dans le Règlement général sur la

⁷⁷ Dans cette dernière hypothèse, on vise l'objectif explicité *infra*, section 3.

protection des données (RGPD)⁷⁸, ainsi qu'aux règles figurant dans le livre XII du Code de droit économique, en matière d'archivage électronique (2). Des références seront faites également à la proposition de directive sur certains aspects des contrats de fourniture de contenus numériques⁷⁹.

1. Données à caractère personnel

21. Notions de «traitement de données à caractère personnel», de «responsable» et de «sous-traitant». Le RGPD s'applique «au traitement de données à caractère personnel, automatisé en tout ou en partie, ainsi qu'au traitement non automatisé de données à caractère personnel contenues ou appelées à figurer dans un fichier»⁸⁰. Aussi faut-il comprendre précisément les notions de «traitement»⁸¹ et de «donnée à caractère personnel». Cette dernière notion désigne «toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable ([...] la personne concernée)»⁸². Cette définition est large; dans la plupart des hypothèses mentionnées précédemment en guise d'illustrations, les données pour lesquelles une demande de suppression ou de restitution est exercée seront des données à caractère personnel.

Les obligations du RGPD reposent principalement sur le responsable du traitement, autrement dit «la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou un autre organisme qui, seul ou conjointement avec d'autres,

détermine les finalités et les moyens du traitement»⁸³. Il n'est pas rare, par ailleurs, que plusieurs personnes interviennent à l'occasion d'un traitement de données. Dans ce cadre, il faudra établir si elles agissent en tant que responsables conjoints⁸⁴ ou si l'une reste responsable du traitement, quand l'autre intervient en qualité de sous-traitant⁸⁵. Cette dernière hypothèse sera notamment rencontrée lorsqu'une entreprise, responsable du traitement, conclut un contrat avec un prestataire extérieur pour l'archivage de ses données ou leur hébergement dans le *cloud* (en mode SaaS, par exemple)⁸⁶. Le sous-traitant est en effet «la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou un autre organisme qui traite des données à caractère personnel pour le compte du responsable du traitement»⁸⁷.

La restitution – ou la destruction – des données à caractère personnel peut être envisagée sous deux angles différents: le droit à la portabilité des données, que la personne concernée peut exercer vis-à-vis du responsable du traitement (voy. *infra*, n° 22) et l'obligation du sous-traitant, dans le cadre du contrat conclu avec le responsable du traitement (voy. *infra*, n° 23).

22. Droit à la portabilité des données à caractère personnel. L'article 20 du RGPD consacre le droit des personnes concernées à la portabilité des données⁸⁸. Concrètement, il leur permet de «recevoir les données à caractère personnel les concernant qu'elles ont fournies à un responsable du traitement, dans un format structuré, couramment utilisé et lisible par machine».

Tel est le cas lorsque la licéité du traitement repose sur le consentement de la personne concernée, et quand le traitement est nécessaire à l'exécution d'un

⁷⁸ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE, J.O., n° L 119 du 4 mai 2016. Ces dispositions sont applicables à partir du 25 mai 2018 (art. 99 (2) du RGPD). Jusqu'à cette date, les exigences posées par la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel doivent être respectées. Par souci de clarté, nous limitons notre analyse aux nouvelles règles du RGPD. Pour une première analyse du règlement, voy. C. DE TERWAGNE, K. ROSIER et B. LOSDYCK, «Lignes de force du nouveau Règlement relatif à la protection des données à caractère personnel», *R.D.T.I.*, 2016/62, pp. 5 et s.; E. DEGRAVE, «La protection des données à caractère personnel enfin réformée», *J.D.E.*, 2016, pp. 136 et s. Voy. également le commentaire article par article réalisé par Th. LÉONARD et D. CHAUMONT et disponible sur le site www.GDPR-expert.eu.

⁷⁹ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenus numériques, COM(2015) 634 final.

⁸⁰ Art. 2 (1) du RGPD. Voy. ég. l'article 2 (2) pour les hypothèses non couvertes par le champ d'application matériel du règlement et l'article 3 pour le champ d'application territorial.

⁸¹ Art. 4, 2°, du RGPD: «toute opération ou tout ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données ou des ensembles de données à caractère personnel, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la structuration, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, la diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, la limitation, l'effacement ou la destruction».

⁸² Art. 4, 1°, du RGPD, qui ajoute qu'«est réputée être une "personne physique identifiable" une personne physique qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un identifiant, tel qu'un nom, un numéro d'identification, des données de localisation, un identifiant en ligne, ou à un ou plusieurs éléments spécifiques propres à son identité physique, physiologique, génétique, psychique, économique, culturelle ou sociale».

⁸³ Art. 4, 7°, du RGPD. Cette disposition est complétée comme suit: «lorsque les finalités et les moyens de ce traitement sont déterminés par le droit de l'Union ou le droit d'un État membre, le responsable du traitement peut être désigné ou les critères spécifiques applicables à sa désignation peuvent être prévus par le droit de l'Union ou par le droit d'un État membre».

⁸⁴ À ce propos, voy. les exigences prévues à l'article 26 du RGPD. Tel est le cas lorsque «deux responsables du traitement ou plus déterminent conjointement les finalités et les moyens du traitement».

⁸⁵ À ce propos, voy. les exigences prévues à l'article 28 du RGPD.

⁸⁶ On considère généralement que le client des services informatiques en nuage agit en qualité de responsable du traitement, tandis que le fournisseur de *cloud* agit en qualité de sous-traitant (dès lors qu'il fournit les moyens et la plateforme pour le compte du client). À cet égard, voy. Groupe 29, Avis n° 5/2012 sur l'informatique en nuage, adopté 1^{er} juillet 2012, WP196, spécialement point 3.3.1; CPVP, Avis n° 10/2016 du 24 février 2016 relatif au recours au *cloud computing* par les responsables du traitement, p. 5. En doctrine, voy. not. J.-M. VAN GYSEGHEM, «*Cloud computing* et protection des données à caractère personnel: mise en ménage possible?», *R.D.T.I.*, 2011/42, pp. 39 et s.; B. DOCQUIR, «Le "*cloud computing*" ou l'informatique dématérialisée: la protection des données au cœur de la relation contractuelle», *R.D.C.*, 2011, pp. 1007 et s. Une opinion, plus isolée, défend toutefois l'idée que le fournisseur pourrait ne pas jouer le rôle de sous-traitant (W. KUAN HON, Ch. MILLARD et I. WALDEN, «Who is Responsible for "Personal Data" in cloud computing? – The cloud of Unknowing, Part 2», *Legal Studies Research Paper* n° 77/2011, accessible sur http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1794130, et également publié dans *International Data Privacy Law*, 2012/2, pp. 3-18).

⁸⁷ Art. 4, 8°, du RGPD.

⁸⁸ À ce sujet, voy. Groupe 29 WP, «Guidelines on the right to data portability», 13 décembre 2016, WP 242.

contrat ou effectué à l'aide de procédés automatisés⁸⁹. Les personnes concernées ne disposent par contre pas d'un tel droit lorsque d'autres causes de licéité sont mobilisées pour fonder le traitement, et notamment lorsque celui-ci est nécessaire au respect d'une disposition légale qui s'impose au responsable⁹⁰. Il en va de même quand le traitement est «nécessaire à l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique dont est investi le responsable du traitement»⁹¹.

La personne concernée peut obtenir les données pour les transmettre à un autre responsable du traitement ou demander, si c'est techniquement possible, à ce qu'elles soient transmises directement, par le responsable du traitement, à un autre responsable du traitement⁹².

Parallèlement (ou indépendamment du droit à la portabilité), rien n'empêche que la personne concernée exerce son droit à l'effacement (droit à l'oubli), tel que visé à l'article 17 du RGPD.

Le responsable du traitement doit également informer la personne concernée de l'existence de ce droit à la portabilité⁹³.

Le cas échéant, il faudra aussi avoir égard, en matière de contenus numériques, au droit à la récupération des contenus, figurant dans la proposition de directive sur certains aspects des contrats de fourniture de contenus numériques⁹⁴.

23. Obligations en cas de sous-traitance des traitements de données à caractère personnel. Lorsque le responsable du traitement fait appel à un sous-traitant, diverses obligations, prescrites par l'article 28 du RGPD, doivent être respectées. Un contrat doit ainsi être conclu par les parties. Il doit notamment prévoir que le sous-traitant «selon le choix du responsable du traitement, supprime toutes les données à caractère personnel ou les renvoie au responsable du traitement au terme de la prestation de services relatifs au traitement,

⁸⁹ Art. 20 (1) du RGPD.

⁹⁰ Voy. le considérant n° 68 du RGPD.

⁹¹ Art. 20 (3) du RGPD.

⁹² Art. 20 (2), du RGPD.

⁹³ Voy. l'art. 13 (2), b), du RGPD, aux termes duquel «en plus des informations visées au paragraphe 1, le responsable du traitement fournit à la personne concernée, au moment où les données à caractère personnel sont obtenues, les informations complémentaires suivantes qui sont nécessaires pour garantir un traitement équitable et transparent : [...] b) l'existence du droit de demander au responsable du traitement l'accès aux données à caractère personnel, la rectification ou l'effacement de celles-ci, ou une limitation du traitement relatif à la personne concernée, ou du droit de s'opposer au traitement et du droit à la portabilité des données».

⁹⁴ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenus numériques, COM(2015) 634 final, art. 13, § 2, c) et art. 16, § 4, b): «le fournisseur procure au consommateur les moyens techniques lui permettant de récupérer tout contenu fourni par ce dernier et toutes autres données produites ou générées par suite de l'utilisation du contenu numérique par le consommateur, dans la mesure où ces données ont été conservées par le fournisseur. Le consommateur a le droit de récupérer le contenu sans inconvénient majeur, dans un délai raisonnable et dans un format de données couramment utilisé».

et détruit les copies existantes, à moins que le droit de l'Union ou le droit de l'État membre n'exige la conservation des données à caractère personnel»⁹⁵.

Les parties ont ainsi l'obligation de s'entendre sur les obligations qui leur incombent à l'issue du contrat, en optant pour la suppression des données ou leur restitution au responsable du traitement. Il est recommandé de prévoir une clause nettement plus détaillée, voire un *exit plan*, pour les opérations les plus complexes, de manière à limiter les risques en la matière.

24. Sanctions spécifiques en cas de non-respect des obligations. Les obligations visées aux points précédents doivent être scrupuleusement observées par les débiteurs de celles-ci. Des amendes administratives peuvent en effet être imposées⁹⁶.

Concernant la violation des obligations incombant au responsable du traitement et au sous-traitant en vertu de l'article 28, elles peuvent s'élever à 10.000.000 € ou, dans le cas d'une entreprise, à 2 % du chiffre d'affaires annuel mondial total de l'exercice précédent (le montant le plus élevé étant retenu)⁹⁷. Si les droits de la personne concernée sont méconnus, et notamment son droit à la portabilité ou à l'effacement, les limites énoncées précédemment sont doublées (20.000.000 € et 4 % du chiffre d'affaires)⁹⁸.

2. Archivage électronique

25. Encadrement de l'archivage électronique en droit belge. L'archivage électronique est un service de confiance qui n'est pas encadré en tant que tel par le règlement (UE) n° 910/2014 sur l'identification électronique et les services de confiance (ci-après, «règlement eIDAS»)⁹⁹.

Le législateur belge a toutefois introduit des règles spécifiques en la matière, sur le même modèle que le règlement, aux articles XII.27 et suivants du C.D.E. Le service d'archivage électronique est ainsi défini comme le «service de confiance

⁹⁵ Art. 28 (3), g), du RGPD.

⁹⁶ Voy. aussi l'art. 84 du RGPD, suivant lequel «les États membres déterminent le régime des autres sanctions applicables en cas de violations du présent règlement, en particulier pour les violations qui ne font pas l'objet des amendes administratives prévues à l'article 83, et prennent toutes les mesures nécessaires pour garantir leur mise en œuvre. Ces sanctions sont effectives, proportionnées et dissuasives».

⁹⁷ Art. 83 (4) du RGPD.

⁹⁸ Art. 83 (5) du RGPD.

⁹⁹ Règlement (UE) n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE, J.O., n° L 257 du 28 août 2014. Pour un commentaire des dispositions en matière d'archivage électronique, telles qu'introduites par la loi du 21 juillet 2016, voy. D. GOBERT, «La loi belge du 21 juillet 2016 mettant en œuvre le règlement européen eIDAS et le complétant avec des règles sur l'archivage électronique: analyse approfondie», octobre 2016, publié sur www.droit-technologie.org; H. JACQUEMIN, «Les services de confiance depuis le règlement eIDAS et la loi du 21 juillet 2016», J.T., 2017, pp. 205 et s.; O. VANRECK, «Le nouveau cadre juridique applicable au service d'archivage électronique», D.A.O.R., 2017/122, pp. 33-49.

supplémentaire à ceux visés par l'article 3, paragraphe 16, du règlement 910/2014, qui consiste en la conservation de données électroniques ou la numérisation de documents papiers, et qui est fourni par un prestataire de services de confiance au sens de l'article 3, paragraphe 19, du règlement 910/2014 ou qui est exploité pour son propre compte par un organisme du secteur public ou une personne physique ou morale¹⁰⁰.

Comme pour les autres services de confiance, une distinction fondamentale doit être faite entre les services d'archivage électronique qualifiés et les services d'archivage électronique non qualifiés. Les premiers sont soumis à des exigences plus lourdes, sur le plan technique et réglementaire, avant le lancement des activités et en cours d'exercice de celles-ci. Parallèlement, leurs utilisateurs bénéficient d'un niveau de sécurité juridique élevé, eu égard, notamment, aux présomptions que la loi institue en leur faveur.

26. Fin du contrat conclu avec le prestataire. Les prestataires de service d'archivage électronique qualifiés doivent satisfaire à diverses exigences dans l'hypothèse où il serait mis fin au contrat qui les lie à leurs clients.

En cas de dissolution du contrat relatif au service d'archivage électronique, pour quelque motif que ce soit, l'article XII.38 du C.D.E. interdit au prestataire qualifié d'opposer à l'utilisateur un quelconque droit de rétention des données et lui impose de demander, par envoi recommandé, le sort qui doit être réservé aux données qui avaient été confiées. On aurait pu espérer une formulation plus positive du droit à la portabilité ou à la restitution des données. Quant à l'exigence de l'envoi recommandé, elle nous paraît exagérément lourde en ce qu'elle est requise de manière systématique. Il eût été plus raisonnable de permettre à l'entreprise de prendre contact avec l'utilisateur par le canal habituel de communication (une adresse électronique, par exemple) et de passer au recommandé uniquement lorsque l'utilisateur n'y réserve pas de suite.

S'agissant des données à caractère personnel, cette exigence devra être articulée avec le droit à la portabilité des données consacré à l'article 20 du RGPD (voy. *supra*, n° 22).

À la suite de l'interpellation du prestataire, l'utilisateur peut opter pour la restitution des données ou leur transfert vers un autre prestataire. Il incombe alors au prestataire de restituer « les données et, le cas échéant, les informations visées à l'article 24, paragraphe 2, point h) du règlement 910/2014 à l'utilisateur du service ou [de] les transférer vers l'autre prestataire désigné dans un délai raisonnable et sous une forme lisible et exploitable convenue avec l'utilisateur du service ou avec le nouveau prestataire, en accord avec l'utilisateur du service »¹⁰¹.

L'article XII.38, § 2, alinéa 2, du C.D.E. ajoute qu'« en l'absence de réponse de l'utilisateur dans les trois mois de la demande visée à l'alinéa 1^{er}, le prestataire

¹⁰⁰ Art. I.18, 17^o, du C.D.E.

¹⁰¹ Art. XII.38, § 2, al. 3, du C.D.E.

peut procéder à la destruction des données, sauf interdiction expresse d'une autorité judiciaire ou administrative compétente et sous réserve de l'application des dispositions légales et réglementaires relatives à la préservation et à l'élimination des archives du secteur public, en particulier de l'article 5 de la loi du 24 juin 1955 relative aux archives ».

De manière générale, on se demande encore pour quelle raison ces obligations (voire certaines d'entre elles seulement) s'appliquent uniquement au prestataire de service d'archivage électronique qualifié et pas à tout prestataire de services d'archivage, peu importe qu'il ait été qualifié ou pas. En tout état de cause, dans le RGPD ou dans la proposition de directive sur les contrats de fourniture de contenus numériques, on ne trouve pas de telles distinctions.

27. Conséquences d'un arrêt des activités du prestataire. Le règlement eIDAS reste malheureusement très vague sur la question – pourtant capitale en pratique – de l'arrêt, par un prestataire de services de confiance qualifié, de ses activités. On trouve uniquement l'obligation de sauvegarder les données et de disposer d'un plan actualisé d'arrêt des activités afin d'assurer la continuité des activités, ce qui doit être vérifié par l'organe de contrôle¹⁰².

Conscient des conséquences potentiellement préjudiciables d'un tel arrêt, le législateur belge s'attache à compléter le cadre normatif en précisant « les conditions et modalités de mise en œuvre du plan d'arrêt des activités »¹⁰³.

L'article XII.36, alinéas 2 et suivants, du C.D.E. envisage l'hypothèse dans laquelle la reprise des activités n'est pas possible¹⁰⁴. S'agissant de l'archivage, le prestataire doit aussi offrir aux utilisateurs « la possibilité de transférer les données dans les trois mois et sans frais supplémentaires vers un autre prestataire de services de confiance qualifié ou de se faire restituer les données conformément à l'article XII.38 ».

B. Dispositions conventionnelles ou application du droit commun

28. Clauses de réversibilité. Il est recommandé aux parties de régler la question de la restitution (ou de la suppression) des données en marge de la conclusion du contrat, *in tempore non suspecto*. À ce stade du processus contractuel, les relations entre les parties restent généralement assez cordiales et il sera donc plus facile de s'entendre sur l'établissement d'une clause de réversibilité¹⁰⁵, voire d'un *exit plan* plus complet. À défaut, c'est à la fin du contrat que

¹⁰² Art. 17, § 4, i), et art. 24, § 2, h) et i), du règlement eIDAS.

¹⁰³ Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 2015-2016, n° 1893/001, pp. 28-29.

¹⁰⁴ *A priori*, l'obligation du prestataire reste peu contraignante puisqu'il doit seulement « tenter » la reprise. Il en résulte que l'impossibilité pourrait résulter de sa seule volonté (parce que, par exemple, les conditions financières proposées par le repreneur ne lui conviennent pas).

¹⁰⁵ Sur ce type de clause, voy. Fr. COPPENS, « La restitution des données à l'expiration d'un contrat informatique. Intérêts divergents, arbitrages délicats, pratiques contractuelles », note sous Prés. Civ. Bruxelles (réf.), 5 mars 2007, D.A.O.R., 2009/92, pp. 417 et s.; Fr. COPPENS et M. DEMOULIN, « Le recours à un tiers archiver : un contrat sur mesure », in M. DEMOULIN (dir.), *L'archivage électronique et le droit*, Bruxelles,

les parties devront se mettre d'accord, et on peut malheureusement craindre qu'elles ne soient plus d'aussi bonne volonté : le prestataire sait que son client le quitte, généralement pour un concurrent, et il n'en fera guère plus que ce que la loi (ou la convention) lui impose. En outre, si la dissolution de la convention est conflictuelle, et résulte d'un manquement grave de l'une des parties, avec la rupture de confiance corrélative qui en résulte, la négociation pourra s'avérer houleuse.

Ces écueils seront évités (ou, au moins, leurs conséquences limitées), en présence d'une clause de réversibilité fixant clairement que le prestataire s'interdit d'exercer le moindre droit de rétention sur les données. Les principes encadrant la restitution des données, leur suppression, ou leur transfert à un autre prestataire doivent aussi être indiqués. Ils devraient porter sur le format des données, le *timing*, le coût, la responsabilité en cas de perte de données ou la protection des droits de propriété intellectuelle et des secrets d'affaires du prestataire, tout en consacrant une obligation de collaboration à charge de chacune des parties, conformément à l'obligation de bonne foi qui leur incombe.

29. L'exigence de bonne foi interdit de s'opposer à la restitution des données. En l'absence de disposition légale spécifique ou de clause contractuelle, des discussions sont à craindre.

Au-delà d'un refus de restitution des données qui serait justifié par des considérations purement commerciales (pour empêcher le client de rejoindre un autre fournisseur), le prestataire pourrait légitimement s'opposer à une procédure de restitution des données qui serait susceptible de porter atteinte à ses secrets d'affaires ou à ses droits de propriété intellectuelle sur la base de données ou les logiciels liés (spécialement si le nouveau prestataire, son concurrent, intervient activement à l'occasion de la récupération des données).

Pour fonder son droit à la restitution des données, le client pourrait invoquer l'obligation de bonne foi de son cocontractant, telle que consacrée à l'article 1134, alinéa 3, du Code civil¹⁰⁶. En s'opposant sans motif légitime ou moyennant des conditions disproportionnées à la restitution des données, voire à leur transfert à un autre prestataire, nous sommes d'avis que ce prestataire ne se comporte pas de bonne foi et pourrait se voir reprocher un abus de droit, s'agissant de l'exercice d'un droit « d'une manière qui excède manifestement les limites de l'exercice normal de ce droit par une personne prudente et diligente »¹⁰⁷.

Larcier, 2012, pp. 155 et s.; J.-P. TRIAILLE et R. ROBERT, « Titre VII. Les contrats informatiques », in Ch. JASSOGNE (dir.), *Traité pratique de droit commercial*, t. 1, 2^e éd., Bruxelles, Kluwer, 2009, pp. 1125-1126; E. MONTERO, *Les contrats de l'informatique et de l'internet*, tiré à part du *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 133-134.

¹⁰⁶ À ce sujet, voy. Fr. COPPENS, « La restitution des données à l'expiration d'un contrat informatique. Intérêts divergents, arbitrages délicats, pratiques contractuelles », *op. cit.*, pp. 419 et s.

¹⁰⁷ Cass., 10 juin 2004, *Arr. Cass.*, 2004, p. 1031, concl. D. THIJS, *Pas.*, 2004, p. 996; Cass., 9 mars 2009, *Pas.*, 2009, p. 689, concl. J. GENICOT, R.G.D.C., p. 130, note J. GERMAIN.

Section 3

Lever les obstacles à la conclusion d'un nouveau contrat et à la migration des services auprès d'un autre prestataire

30. Fonctions et enjeux. Dans divers domaines, nonobstant la fin du contrat conclu avec un opérateur économique, il peut être important, pour le destinataire des services, de conclure dans la foulée un nouveau contrat avec un autre prestataire, de sorte que les services ne soient pas interrompus (ou, s'ils le sont, en limitant l'interruption autant que possible).

Des obligations légales peuvent être imposées en ce sens : leur objectif est de faciliter la migration vers le nouveau cocontractant (par la transmission d'informations utiles), tout en éliminant les obstacles susceptibles de dissuader l'utilisateur d'opérer un tel changement de cocontractant. On comprend donc que la finalité est de protéger l'une des parties au contrat, supposée plus faible, tout en veillant à ce qu'une concurrence saine et loyale puisse être exercée entre les acteurs économiques.

C'est généralement le cas lorsque la loi impose de recourir audit service (comme en matière d'assurance RC auto – voy. *infra*, n° 31). On trouve également des manifestations du phénomène dans des législations sectorielles spécifiques, adoptées pour encadrer certains secteurs régulés, généralement considérés comme des industries de réseau¹⁰⁸. Dans la présente contribution, on se limite au secteur des communications électroniques, telles que régies, principalement, par les articles 108 et suivants de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques¹⁰⁹ (voy. *infra*, n° 32). On rappelle que, dans le cadre de l'obligation de restitution des données, des obligations de transfert à un nouveau prestataire, prescrites par la loi, avaient déjà été mentionnées (voy. *supra*, n° 22 et 26).

Une attention particulière doit aussi être portée à l'interdiction de certaines pratiques commerciales agressives à l'égard des consommateurs (voy. *infra*, n° 33).

Le cas échéant, même en l'absence de disposition légale spécifique, les parties peuvent contractuellement organiser une telle migration, en s'accordant sur

¹⁰⁸ On songe aux secteurs des télécommunications ou de l'énergie (gaz et électricité). Si le législateur est d'abord intervenu sous l'angle du droit de la concurrence (avec la fin de certains monopoles), en vue d'organiser et de réguler un marché libéralisé (ou en voie de libéralisation), il a également compris qu'il était primordial d'assurer un niveau élevé de protection au bénéfice de l'utilisateur (généralement un consommateur), ce qui l'a conduit à adopter des règles spécifiques, d'ordre matériel (obligation d'information, durée du contrat, mode de dissolution, etc.) ou procédural (en lien avec les modes alternatifs de règlement des différends).

¹⁰⁹ On note que le cadre normatif devrait évoluer prochainement, la Commission européenne ayant déposé le 14 septembre 2016 une proposition de directive établissant un Code européen des communications électroniques (*proposal for a directive of the European Parliament and of the Council establishing the European Electronic Communications Code*, COM(2016) 590 final).

l'établissement d'un plan de sortie (« *exit plan* ») comprenant en tout cas l'obligation de fournir des informations indispensables à la continuité de l'activité, ou de transférer certains éléments auprès d'un autre prestataire. Il est par ailleurs recommandé d'organiser cette mesure avant la conclusion du contrat ou, au plus tard, dans les premiers mois de son exécution (voy. aussi *supra*, n° 28).

31. Assurances. Des obligations peuvent être imposées après la fin du contrat d'assurance.

Tel est le cas conformément à l'article 1^{er} *quater* de l'arrêté royal du 14 décembre 1992 relatif au contrat type d'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs¹¹⁰, qui impose à l'assureur de communiquer au preneur d'assurance diverses informations, relatives notamment au contrat (échéance annuelle, prise d'effet et date de fin, etc.), ou aux sinistres éventuellement survenus. De cette manière, ce dernier peut les communiquer au nouvel assureur.

32. Services de communications électroniques. Dans certains secteurs, et spécialement dans le domaine des communications électroniques, telles qu'encadrées par la loi du 13 juin 2005, des mesures ont été prises par le législateur pour s'assurer que les utilisateurs ne rencontrent pas d'obstacles au moment de changer d'opérateur. Outre que l'utilisateur peut choisir celui qui offre les produits les mieux adaptés à ses besoins, cette mobilité permet de faire jouer la concurrence sur le marché.

C'est pour cette raison que le législateur a encadré la portabilité des numéros. Conformément à l'article 11, § 7, de la loi du 13 juin 2005, « les opérateurs auxquels des numéros de téléphone du plan national de numérotation ont été attribués offrent la facilité de portabilité des numéros ». Pour le surplus, délégation est donnée au Roi pour organiser la mesure¹¹¹.

Une telle délégation existe aussi en ce qui concerne la migration des services de lignes fixes et des offres groupées de services. En effet, en vertu de l'article 111/2, § 1^{er}, de la loi du 13 juin 2005, « le Roi fixe, après avis de l'Institut, les modalités d'application lorsqu'un abonné abandonne un service de radio-transmission ou de radiodistribution d'un opérateur pour obtenir un service de communications électroniques chez un autre opérateur, y compris la méthode de fixation des frais de transfert, la répartition de ces coûts entre les parties concernées, les méthodes techniques, les délais d'exécution et les obligations de fourniture d'informations que les opérateurs concernés doivent appliquer.

Ces règles se rapportent entre autres à la répartition des tâches pour le transfert entre les parties concernées, les indemnités dues aux abonnés en cas de retard dans l'exécution du transfert ainsi qu'aux obligations des opérateurs de fournir des informations aux abonnés ».

¹¹⁰ M.B., 3 février 1993.

¹¹¹ A.R. du 2 juillet 2013 relatif à la portabilité des numéros d'abonnés aux services de communications électroniques, M.B., 12 juillet 2013.

L'arrêté royal du 6 septembre 2016 – dit « A.R. Easy Switch » – définit ce qu'il y a lieu d'entendre par « migration »¹¹² et établit des règles garantissant la mise en place d'un processus « simple, prévisible, rapide et synchronisé »¹¹³.

33. Interdiction des pratiques commerciales agressives. Aux termes de l'article VI.95 du C.D.E., « les pratiques commerciales déloyales des entreprises à l'égard des consommateurs sont interdites ». La notion de « pratique commerciale » est définie largement¹¹⁴. L'article VI.92 ajoute que « le présent chapitre s'applique aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs avant, pendant et après l'offre en vente et la vente de produits »¹¹⁵. Aussi l'interdiction peut-elle également viser les obligations post-contractuelles.

Encore faut-il savoir dans quelles circonstances ces pratiques violent la norme de loyauté.

Une démarche en trois étapes doit être suivie.

Il faut d'abord vérifier si la pratique figure dans la liste des pratiques jugées trompeuses ou agressives *en toutes circonstances* (art. VI.100 et VI.103 du C.D.E.). Dans un second temps, le caractère déloyal de la pratique doit s'apprécier à l'aune de la norme *semi-générale*. Le C.D.E. interdit en effet les pratiques trompeuses, par action ou par omission (art. VI.97 à VI.99), ainsi que les pratiques agressives (art. VI.101 à VI.102). En dehors des deux hypothèses précitées, la pratique commerciale ne peut être considérée comme étant déloyale, et donc interdite, que si « a) elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et b) elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique, par rapport au produit, du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse, ou du membre moyen du groupe lorsqu'une pratique commerciale est ciblée vers un groupe particulier de consommateurs »¹¹⁶ (*norme générale*).

En l'occurrence, certaines pratiques tendant à dissuader le consommateur de mettre fin au contrat, en changeant d'opérateur économique, pourraient constituer des pratiques agressives suivant la norme semi-générale.

En effet, une pratique est « réputée aggressive si, dans son contexte factuel, compte tenu de toutes ses caractéristiques et des circonstances, elle altère ou est susceptible d'altérer de manière significative, du fait du harcèlement, de la contrainte, y compris le recours à la force physique, ou d'une influence injustifiée, la liberté de choix ou de conduite du consommateur moyen à l'égard du

¹¹² On vise « le transfert d'un ou plusieurs services de communications électroniques, demandé par un abonné, entraînant l'activation d'un ou plusieurs services auprès d'un ou plusieurs opérateurs receveurs et la résiliation d'un ou plusieurs services auprès d'un ou plusieurs opérateurs donneurs, sans pour autant que les services résiliés et activés soient strictement identiques » (art. 2, 1^{er}, de l'A.R. du 6 septembre 2016).

¹¹³ L'expression est tirée de l'intitulé du chapitre 2 de l'A.R. du 6 septembre 2016.

¹¹⁴ Art. I.8, 23^o, du C.D.E.

¹¹⁵ Nous soulignons.

¹¹⁶ Art. VI.93 du C.D.E.

produit et, par conséquent, l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement»¹¹⁷.

Deux conditions doivent être satisfaites. Outre l'influence – même potentielle – sur la décision commerciale du consommateur moyen, il faut démontrer l'existence d'une altération de la liberté de choix ou de conduite du consommateur. À cet égard, l'article VI.102 du C.D.E. précise les éléments à prendre en considération pour déterminer si une pratique recourt au harcèlement, à la contrainte, y compris la force physique, ou à une influence injustifiée. Parmi ceux-ci, on retient «4° tout obstacle non contractuel, payant ou disproportionné, imposé par l'entreprise lorsque le consommateur souhaite faire valoir ses droits contractuels, et notamment *celui de mettre fin au contrat* ou de *changer de produit ou d'entreprise*»¹¹⁸.

En cas de manquement des entreprises aux obligations qui leur incombent conformément à la loi, par exemple en matière d'assurance RC auto, de portabilité des numéros ou de migration des lignes fixes et des offres groupées de services dans le secteur des communications électroniques, le consommateur devrait normalement être en mesure de démontrer l'existence d'une pratique commerciale agressive. L'interdiction s'applique également en l'absence d'obligation légale ou réglementaire spécifique : s'agissant d'une norme ouverte, elle est susceptible de s'appliquer à un grand nombre d'hypothèses. Il revient donc à la jurisprudence de la mettre utilement en œuvre.

En vertu de l'article VI.38 du C.D.E., si le consommateur parvient à démontrer qu'il a été victime d'une pratique commerciale déloyale, il peut invoquer la sanction civile, qui autorise le juge, lorsqu'un contrat a été conclu dans ces circonstances, à «ordonner le remboursement au consommateur des sommes qu'il a payées, sans restitution par celui-ci du produit livré», et ce, «sans préjudice des sanctions de droit commun»¹¹⁹. En l'occurrence cependant, une telle mesure, aussi dissuasive soit-elle, ne peut pas être mise en œuvre puisqu'aucun contrat n'a été conclu ensuite de la pratique agressive.

Il reste néanmoins la possibilité de sanctions pénales¹²⁰, outre, sur le plan procédural, la faculté d'initier une action en cessation commerciale conformément aux dispositions du livre XVII du C.D.E.

Chapitre 2

Obligations qui survivent à la fin du contrat

Section 1

Généralités

34. Fonctions des obligations qui perdurent après la fin du contrat.

Indépendamment d'une obligation en ce sens prescrite par un texte légal ou réglementaire, les parties veillent généralement à coucher leurs droits et obligations respectifs dans un *instrumentum* en vue de garantir un niveau élevé de sécurité juridique. Indépendamment du principe de la liberté de la preuve en matière commerciale, il est en effet recommandé de se ménager un moyen de preuve efficace, en cas de contestation. La négociation du contrat – et la rédaction des clauses contractuelles – est également l'occasion de trouver un équilibre entre les prétentions de chaque partie¹²¹, eu égard aux risques susceptibles de résulter de l'exécution du contrat, d'une part, aux avantages que chacune des parties espère en retirer, d'autre part.

Dans l'hypothèse classique d'un contrat de vente ou de prestation de services, les avantages portent respectivement sur la livraison du bien ou la fourniture du service (le cas échéant accompagnés de garanties légales ou conventionnelles), en échange du paiement d'un prix.

Quant aux risques contre lesquels les parties entendent lutter, ils ont notamment trait à une mise en cause de leur responsabilité, à la violation d'une obligation de confidentialité, à un traitement de données à caractère personnel qui ne serait pas conforme aux dispositions légales applicables, au débauchage d'un travailleur ou au lancement d'une activité concurrente.

En principe, dès lors que le contrat prend fin à la suite de l'exécution conforme, par chacune des parties, des obligations qui leur incombent, elles ne doivent rien attendre d'autre en termes d'avantages directs. Ponctuellement, on peut toutefois identifier des bénéfices susceptibles de survenir après ce moment, spécialement en termes de rémunération ou de garantie, par exemple.

Les risques qui survivent à la fin du contrat sont quant à eux nettement plus nombreux. On peut même s'attendre à ce qu'ils soient potentiellement plus importants à ce moment, quand les parties ne sont plus forcément en contact (comme elles l'étaient en cours d'exécution de la convention) et qu'elles sont davantage tentées de ne plus respecter scrupuleusement leurs obligations. L'une des parties pourrait ainsi méconnaître ses obligations de confidentialité ou lancer une activité similaire avant la fin du moratoire figurant dans la clause de non-concurrence.

¹²¹ Étant entendu que, suivant la marge de négociation dont chaque partie dispose, le contrat pourra être plus favorable à l'une d'elles.

¹¹⁷ Art. VI.101 du C.D.E.

¹¹⁸ Nous soulignons.

¹¹⁹ Pour certaines pratiques commerciales déloyales, plus graves, le consommateur est dispensé de s'adresser au juge et il peut actionner la mesure directement (art. VI.38, al. 1^{er}, du C.D.E.).

¹²⁰ Voy. les arts. XV.83, 13° à 15°, XV.84 et XV.85 du C.D.E.

Nous examinons successivement ces avantages (section 2) et les risques (section 3) survivant à la fin du contrat, à la lumière des dispositions conventionnelles susceptibles d'être adoptées par les parties ou d'autres sources, légales ou jurisprudentielles.

35. Clauses de survivance. On trouve fréquemment dans les contrats conclus par les opérateurs économiques une clause spécifiant que, même si la convention prend fin, quelle qu'en soit la raison, certaines obligations continueront à s'appliquer. Celles-ci sont généralement listées, à titre d'illustration.

Une telle clause de survivance peut être rédigée comme suit :

« La fin du Contrat, pour quelque raison que ce soit, sera sans incidence sur l'application des clauses du présent Contrat, qui restent en vigueur pendant la durée nécessaire aux fonctions qu'elles poursuivent, ce qui inclut, sans exhaustivité, les clauses portant sur les "Définitions", le "Champ d'application", la "Confidentialité", la "Protection des données à caractère personnel", la "Responsabilité et les garanties", la "Loi applicable et la juridiction compétente" et les "Dispositions diverses" [où l'on trouve, en général, des clauses relatives à la publicité, l'interprétation du contrat, la non-concurrence, le non-débauchage des travailleurs, la clause des quatre coins, etc.] »

Même en l'absence d'une telle clause, nous sommes d'avis que l'exigence de bonne foi interdit de priver les clauses pertinentes de tout effet utile après la fin du contrat, sous prétexte que ce n'est pas expressément prévu. Pour éviter toute discussion, il est toutefois recommandé aux parties de l'indiquer (d'autant qu'il s'agit d'une clause standard, dans l'intérêt de toutes les parties contractantes).

36. Clauses accessoires. Pour que la survie des droits et des obligations tirées du contrat après la dissolution de celui-ci présente un effet utile, encore faut-il que diverses clauses accessoires restent également d'application. Tel est le cas, en particulier, des définitions, de l'objet et du champ d'application de la convention, des règles d'interprétation ou de la loi applicable et de la juridiction compétente. Aussi veillera-t-on à les mentionner dans l'énumération non exhaustive figurant dans la clause de survivance.

Section 2

Bénéficiaire d'avantages ponctuels qui survivent à la fin du contrat

37. Deux exemples. Les obligations offrant des avantages spécifiques à toutes les parties ou à l'une d'elles sont plus rares que celles dont l'objectif est de lutter contre les risques persistants.

Nous retenons deux exemples, tirés de dispositions légales particulières, mais que rien n'empêche aux parties de formaliser dans des clauses spécifiques du contrat, dans le respect des limites fixées par la loi.

38. Rémunération de l'agent commercial pour des affaires conclues après la cessation du contrat. Le droit de l'agent commercial de pouvoir percevoir des commissions sur les affaires conclues après la cessation du contrat est explicitement consacré à l'article X.9 du C.D.E. :

« Art. X.9. Pour une affaire conclue après la cessation du contrat d'agence commerciale, l'agent commercial a droit à la commission :

- 1° si l'affaire est principalement due à l'activité qu'il a déployée au cours du contrat d'agence commerciale et si l'affaire est conclue dans un délai de six mois à compter de la cessation de ce contrat ;
- 2° ou si, conformément aux conditions visées à l'article X.8, la commande du tiers a été reçue par le commettant ou par l'agent avant la cessation du contrat d'agence commerciale. »

Cette disposition doit être lue en parallèle avec l'article X.8 du C.D.E. auquel elle renvoie et qui fixe les circonstances entourant la conclusion de l'affaire qui ouvrent un droit à la commission de l'agent. En outre, l'article X.10 du C.D.E. règle la question de ce droit en cas de succession d'un agent à un autre. L'article X.11 du C.D.E. vise quant à lui les conditions d'exigibilité de la commission (que ce soit avant ou après la cessation du contrat). Enfin, l'article X.12 du C.D.E. fixe, de manière limitative, les cas dans lesquels les parties peuvent prévoir que le droit à la commission prévu aux articles X.8 et X.9 du C.D.E. s'éteint.

Aux termes de l'article X.9 du C.D.E., l'agent commercial a droit à la commission, d'une part, sur les « affaires amorcées »¹²² (1°), d'autre part, sur les « commandes reçues avant la cessation du contrat »¹²³ (2°). L'idée est de récompenser l'agent qui a obtenu – ou qui était sur le point d'obtenir – un bon résultat à la suite de ses démarches de négociation. Ceci justifie le maintien d'un droit à la commission de l'agent après la cessation du contrat dans les deux hypothèses énumérées par l'article. Dans le premier cas de figure, la loi pose toutefois comme condition que l'affaire ait été conclue dans un délai de six mois à compter de l'expiration du contrat¹²⁴.

39. Garantie légale ou conventionnelle. On trouve diverses obligations de garantie, accessoires au contrat de vente ou au contrat d'entreprise. On peut par exemple citer la garantie décennale de l'entrepreneur et de l'architecte¹²⁵, qui est d'ordre public, ou, en matière de vente, la garantie légale des

¹²² Qualification proposée par P. CRAHAY, *La rupture du contrat d'agence commerciale*, op. cit., spéc. n°s 188-189, pp. 183 et s.

¹²³ *Ibid.* Pour un cas d'application, voy. Comm. Mons, 17 octobre 2002, D.A.O.R., 2002, p. 254, J.L.M.B., 2003, p. 167.

¹²⁴ P. CRAHAY, *La rupture du contrat d'agence commerciale*, op. cit., spéc. n°s 188-189, pp. 183 et s. Pour une analyse plus précise sur les droits de l'agent aux commissions « sur fournitures échelonnées » et « sur livraisons successives », voy. P. DEMOLIN, *Le contrat d'agence. Droits et obligations*, op. cit., n°s 68-69, pp. 83-84. Voy. également sur ces questions G. JANNONE et O. VANDEN BERGHE, « Les commissions indirectes dans le contrat d'agence commerciale – Questions pratiques », R.D.C., 2016, pp. 613 et s.

¹²⁵ Art. 1792 C. civ.

vices cachés¹²⁶ et la garantie des biens de consommation¹²⁷. Ces avantages octroyés à l'acheteur ou au maître de l'ouvrage, indépendamment de toute clause contractuelle spécifique, peuvent être amenés à survivre à l'exécution par les parties de leurs obligations principales, à savoir la livraison de la chose (ou la prestation de service) et le paiement du prix.

En matière de vente, la garantie légale est prévue aux articles 1641 et suivants du Code civil. Diverses conditions sont requises : la chose doit être affectée d'un vice, qui doit être grave, caché, inconnu de l'acheteur et antérieur à la vente¹²⁸. La jurisprudence estime qu'il y a vice, non seulement en cas de défaut structurel de la chose (vice intrinsèque), mais également lorsqu'elle ne répond pas à l'usage particulier auquel l'acheteur la destine, et qui est connu du vendeur, conformément aux dispositions contractuelles (conception fonctionnelle du vice)¹²⁹. En cas de vice caché, l'acheteur peut opter pour l'action estimatoire ou l'action rédhibitoire¹³⁰. Il est toutefois requis d'agir à « bref délai »¹³¹, dont l'appréciation revient à la juridiction saisie pour trancher le litige. On estime généralement qu'à défaut d'usage ou de disposition légale ou conventionnelle contraire, le bref délai commence à courir au moment où l'acheteur a légitimement pu prendre connaissance du vice¹³². L'article 1648 du Code civil n'est pas une disposition impérative ou d'ordre public, ce qui permet aux parties d'y déroger conventionnellement, dans les limites légalement permises.

Un régime spécifique, combinant l'obligation de délivrance conforme et la garantie légale, a été mis en place en vue de protéger le consommateur face à l'entreprise qui lui a vendu des biens de consommation¹³³. Eu égard à l'objectif poursuivi, les articles 1649bis et suivants du Code civil sont impératifs¹³⁴. Conformément à l'article 1649quater, § 1^{er}, du Code civil, « le vendeur répond vis-à-vis du consommateur de tout défaut de conformité qui existe lors de la

¹²⁶ Art. 1641 et s. C. civ.

¹²⁷ Art. 1649bis et s. C. civ.

¹²⁸ C. JASSOGNE, « La garantie découlant de la vente : principes et clauses particulières », *Ann. dr. Lg.*, 1988, pp. 441 et s.; V. PIRSON, « Les sanctions de l'obligation de garantie des vices cachés en matière de vente », *R.G.D.C.*, 2001, p. 418 et les réf. citées; C. DELFORGE, « La vente – Le régime général de la vente suivant le Code civil », vol. 2, *Guide juridique de l'entreprise*, titre III, livre 32.2bis, Waterloo, Kluwer, 2015, pp. 47 et s.

¹²⁹ P.A. FORTIERS, « Conformité et garantie dans la vente », in B. TILLEMANS et P.A. FORTIERS (dir.), *De koop/La vente*, Bruges, la Chartre, 2002, pp. 31 et s. Cette théorie fut consacrée par la Cour de cassation : Cass., 18 novembre 1971, *Pas.*, 1972, I, p. 258, *R.C.J.B.*, 1973, p. 609, note P. GÉRARD; Cass., 17 mai 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 1128; Cass., 19 juin 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1295.

¹³⁰ Art. 1644 C. civ.

¹³¹ Art. 1648 C. civ.

¹³² À ce sujet, voy. C. DELFORGE, « La vente – Le régime général de la vente suivant le Code civil », vol. 2, *op. cit.*, pp. 56 et s.

¹³³ Voy. la définition figurant à l'art. 1649bis, § 2, 3^o, du Code civil.

¹³⁴ Voy. l'art. 1649octies du Code civil : « sont nuls les clauses contractuelles ou les accords conclus avant que le défaut de conformité ne soit porté à l'attention du vendeur par le consommateur et qui, directement ou indirectement, écartent ou limitent les droits accordés au consommateur par la présente section ».

délivrance du bien et qui apparaît dans un délai de deux ans à compter de celle-ci ». Si tel est le cas, le consommateur peut se prévaloir du bénéfice des remèdes établis par la loi, en respectant la hiérarchie suivante : réparation du bien ou remplacement de celui-ci dans un premier temps, réduction adéquate du prix ou résolution du contrat dans un second temps¹³⁵. On note encore que le vendeur est tenu d'informer le consommateur de l'existence d'un tel droit, ce qui est indispensable pour garantir son effectivité. L'article 1649septies, § 2, du Code civil énonce ainsi que « la garantie doit : – indiquer que le consommateur a des droits légaux au titre de la législation nationale applicable régissant la vente des biens de consommation et indiquer clairement que ces droits ne sont pas affectés par la garantie ; – établir, en termes simples et compréhensibles, le contenu de la garantie et les éléments essentiels nécessaires à sa mise en œuvre, notamment sa durée et son étendue territoriale, ainsi que le nom et l'adresse du garant ».

Section 3

Lutter contre les risques qui survivent à la fin du contrat

A. Responsabilité

40. Responsabilité. La convention pourra contenir des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, dont la validité s'apprécie suivant les limites posées par la théorie générale des contrats ou des obligations¹³⁶, voire des législations spécifiques (l'interdiction des clauses abusives dans les contrats conclus entre une entreprise et un consommateur, par exemple). Par ces clauses, l'un des cocontractants espère limiter les risques de voir sa responsabilité engagée, par exemple en fixant un plafond de responsabilité, en excluant des catégories de manquements (les fautes légères, par exemple) ou la réparation de certains dommages (les dommages indirects, par exemple, tels qu'énumérés dans la convention).

Parallèlement, les clauses de responsabilité peuvent également avoir pour objet d'aider le créancier à démontrer que les conditions sont réunies. Il s'agira par exemple de transformer une obligation de moyens en obligation de résultat.

Dans tous les cas, les parties dans l'intérêt desquelles ces clauses ont été rédigées souhaiteront avoir la possibilité de les invoquer après la fin du contrat. Rien n'empêche en effet qu'un préjudice survienne ultérieurement.

¹³⁵ Art. 1649quinquies C. civ.

¹³⁶ On considère généralement que la clause est illicite en cas de contrariété à l'ordre public ou à une disposition légale impérative. De même, le débiteur ne peut s'affranchir de son dol ou de sa faute lourde, sauf si cette exclusion résulte expressément des termes de la clause. Enfin, la clause limitative ou exonératoire de responsabilité ne peut permettre au débiteur de porter atteinte à l'essence même du contrat ou de vider le contrat de sa substance.

41. Durée. La période pendant laquelle les parties souhaiteront que les clauses de responsabilité survivent à la fin du contrat dépendra généralement du délai de prescription applicable. Suivant le droit commun de l'article 2262bis, § 1^{er}, du Code civil, « toutes les actions personnelles sont prescrites par dix ans ». Le cas échéant, des délais plus courts pourraient être d'application¹³⁷.

B. Obligation de non-concurrence

42. Objet et limites des clauses de non-concurrence. La clause de non-concurrence consiste à instaurer « une restriction contractuelle aux principes de la liberté d'entreprendre et de la libre concurrence, dont elle limite l'exercice en vue de la protection de certaines valeurs économiques (savoir-faire, capitalisation de la clientèle, etc.) »¹³⁸.

Établie originellement dans le « décret d'Allarde »¹³⁹, la liberté de commerce et d'industrie est aujourd'hui consacrée de manière plus large au sein de l'article II.3 du C.D.E. qui dispose que : « Chacun est libre d'exercer l'activité économique de son choix. » L'article II.4 du C.D.E. ajoute cependant que : « La liberté d'entreprendre s'exerce dans le respect des traités internationaux en vigueur en Belgique, du cadre normatif général de l'union économique et de l'unité monétaire tel qu'établi par ou en vertu des traités internationaux et de la loi, ainsi que des lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs et des dispositions impératives. »

La liberté de concurrence peut quant à elle s'expliquer comme « la résultante de l'exercice réciproque de la liberté d'entreprendre, auquel il faut rattacher la liberté de (ne pas) contracter »¹⁴⁰ et trouve une place particulière au sein de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et de l'article IV.1 du C.D.E.

Ces libertés sont d'ordre public¹⁴¹ mais peuvent être limitées par une clause contractuelle de non-concurrence, qui est toutefois soumise à certaines conditions de validité, élaborées par la doctrine et la jurisprudence. Ces conditions de validité s'appliquent de manière générale à toute clause de non-concurrence (voy. *infra*, n° 44). En outre, le législateur est intervenu en certaines matières afin d'y réglementer spécifiquement le contenu des clauses de non-concurrence, comme c'est notamment le cas dans le contrat d'agence commerciale (voy. *infra*, n° 46).

¹³⁷ Voy. p. ex. le délai abrégé d'un an, applicable aux marchands, « pour les marchandises qu'ils vendent aux particuliers non marchands » (art. 2272, al. 2, C. civ.).

¹³⁸ Y. NINANE et G. DE PIERPONT, « La clause de non-concurrence », in C. DELFORGE, S. STIJNS et P. WÉRY (éd.), *Le droit des obligations dans la vie de l'entreprise*, Bruges, la Charte, 2017, p. 143.

¹³⁹ Art. 7 du décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791, abrogé par l'article 3 de la loi du 28 février 2013 introduisant le C.D.E.

¹⁴⁰ Y. NINANE et G. DE PIERPONT, « La clause de non-concurrence », *op. cit.*, p. 148 et la référence citée.

¹⁴¹ Cass. (1^{re} ch.), 25 juin 2015, *J.T.*, 2015, p. 727, concl. Th. WERQUIN, note S. LAGASSE (p. 717); Cass. (1^{re} ch.), 23 janvier 2015, *Arr. Cass.*, 2015, p. 217 (pour d'autres revues, voy. *infra*, les notes nos 163 et 164).

43. Durée de l'obligation de non-concurrence. Le plus souvent, la clause de non-concurrence s'applique déjà durant l'exécution du contrat pour se poursuivre pendant une certaine durée après la fin du contrat. Lors de la rédaction de la convention, les parties veilleront à établir avec précision si la clause est applicable en toute hypothèse (indépendamment de la cause entraînant la fin du contrat) ou seulement dans certains cas¹⁴². Il est en effet possible d'exclure conventionnellement des cas de figure dans lesquels la clause ne prendra pas effet. Par exemple, les parties peuvent prévoir que la clause de non-concurrence ne jouera pas dans le cas d'une résolution judiciaire prononcée aux torts de l'une des parties.

44. Conditions de validité des clauses de non-concurrence. La clause de non-concurrence doit être limitée dans le temps, dans l'espace et dans son objet (activité(s) visée(s))¹⁴³. Cette triple limitation, non consacrée au travers d'un texte de loi¹⁴⁴, se justifie afin d'assurer un équilibre entre les intérêts respectifs des parties : d'une part, l'intérêt du créancier qui est de conserver sa clientèle et/ou de protéger son savoir-faire, d'autre part, l'intérêt du débiteur qui est de sauvegarder sa liberté d'entreprendre, à même de lui procurer des revenus¹⁴⁵.

Une clause de non-concurrence doit-elle nécessairement comprendre cette triple limitation pour être valable ? La question fait toujours débat à l'heure actuelle en doctrine. Certains auteurs soutiennent qu'il s'agit de conditions cumulatives¹⁴⁶. D'autres auteurs défendent une appréciation de la clause au cas par cas à l'aune des critères de proportionnalité et de légitimité¹⁴⁷. Selon cette autre interprétation, une clause de non-concurrence ne doit pas nécessairement comporter ces trois limites pour être valable.

¹⁴² En ce sens, voy. en doctrine (française) : M.-E. ANDRÉ, M.-P. DUMONT et Ph. GRIGNON, *L'après-contrat*, *op. cit.*, spéc. pp. 169-170.

¹⁴³ Pour un développement sur ces limites, voy. les références citées ci-dessous.

¹⁴⁴ Y. NINANE et G. DE PIERPONT, « La clause de non-concurrence », *op. cit.*, pp. 152 et s. Voy. également les conclusions de l'avocat général WERQUIN précédant l'arrêt du 25 juin 2015 de la Cour de cassation, *J.T.*, 2015, p. 727.

¹⁴⁵ Voy. les conclusions de l'avocat général WERQUIN précédant l'arrêt du 25 juin 2015 de la Cour de cassation, *J.T.*, 2015, p. 727. Voy. également en doctrine : Y. NINANE et G. DE PIERPONT, « La clause de non-concurrence », *op. cit.*, pp. 155-156; D. GOL, « Les clauses de non-concurrence en matière commerciale : quelques points d'attention », *In Foro*, 2017, p. 4; D. GOL et Ch. DUVIEUSART, « Les clauses de non-concurrence en droit commun », in R. AYDOGDU (dir.), *Les contrats commerciaux en pratique*, coll. CUP, vol. 169, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 239-240.

¹⁴⁶ B. BELLEN, « Niet-concurrentiebedingen in overnameovereenkomsten – Europese houvast voor de Belgische praktijk/efficiënte sanctionering », *T.R.V.*, 2011, pp. 319-323; L. CORNELIS et V. SAGAERT, « Post-contractuele bedingen », *op. cit.*, pp. 316 et s.; M.-E. ANDRÉ, M.-P. DUMONT et Ph. GRIGNON, *L'après-contrat*, *op. cit.*, p. 165; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial belge*, t. II, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1976, p. 215.

¹⁴⁷ En ce sens : Y. NINANE et G. DE PIERPONT, « La clause de non-concurrence », *op. cit.*, p. 155; M. SERVAIS, « La proportionnalité comme unique condition de validité des clauses de non-concurrence », *J.T.*, 2016, pp. 505-511, spéc. n° 10; N. HALLERMEERSCH, « De niet concurrentieverbintenissen bij de overdracht van een handelsactiviteit », *D.A.O.R.*, 2013, liv. 105-106, spéc. p. 29.

Que l'on suive l'une ou l'autre de ces positions¹⁴⁸, il semble que le juge doive nécessairement, lors de son analyse, vérifier le caractère raisonnable (et donc le plus souvent suffisamment circonscrit) de la clause de non-concurrence eu égard aux enjeux économiques qui en découlent pour les parties. À défaut, il devra en sanctionner le caractère excessif (voy. notamment *infra*, n° 47)¹⁴⁹. Dans ses conclusions précédant l'arrêt du 25 juin 2015 de la Cour de cassation, sur lequel nous reviendrons, M. l'avocat général Werquin insiste d'ailleurs sur le fait que la clause doit avant tout être justifiée par « l'intérêt légitime des parties »¹⁵⁰. À la suite d'une appréciation *in concreto* des éléments de fait portés à sa connaissance, le juge appréciera « la nécessité de cumuler ou non ces trois critères »¹⁵¹. À cet effet, il tiendra compte « d'une part, de [la] nature et [des] effets concrets [de la clause], d'autre part, de la convention qui la contient »¹⁵². Cette obligation de non-concurrence doit revêtir un caractère « nécessaire à la protection d'une clientèle contre la concurrence d'un cocontractant passé ou actuel »¹⁵³. La clause de non-concurrence ne peut dès lors pas présenter des effets qui excèdent le but recherché¹⁵⁴.

Par ailleurs, la clause de non-concurrence doit respecter le droit belge et européen de la concurrence¹⁵⁵.

45. Quid des clauses de « non-réaffiliation » en matière de contrat de franchise¹⁵⁶ ? À la différence de la clause de non-concurrence « classique », la clause de non-réaffiliation, qui constitue une variante de celle-ci et que l'on retrouve régulièrement dans les contrats de franchise, « se borne à priver le franchisé de la possibilité de s'affilier à un réseau concurrent à l'issue du

¹⁴⁸ Notez que la question n'a pas été tranchée par la Cour de cassation à l'occasion de ses arrêts du 23 janvier 2015 et 25 juin 2015 (voy. *infra*, n° 47).

¹⁴⁹ D. GOL, « Les clauses de non-concurrence en matière commerciale : quelques points d'attention », *op. cit.*, p. 4.

¹⁵⁰ Voy. les conclusions de M. l'avocat général Th. WERQUIN précédant Cass. (1^{re} ch.), 25 juin 2015, *J.T.*, 2015, p. 727.

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ Sur ces notions, voy. Y. NINANE et G. DE PIERPONT, « La clause de non-concurrence », *op. cit.*, pp. 155-156; M. SERVAIS, « La proportionnalité comme unique condition de validité des clauses de non-concurrence », *op. cit.*, spéc. n° 13.

¹⁵⁵ Y. NINANE et G. DE PIERPONT, *ibid.*, pp. 153-154; D. GOL et Ch. DUVIEUSART, « Les clauses de non-concurrence en droit commun », *op. cit.*, pp. 247-248. Les clauses de non-concurrence sont en principe interdites en vertu de l'article 101, § 1^{er}, du TFUE, sauf exemption (§ 3). Le règlement (UE) n° 330/2010 permet cependant à certaines clauses de non-concurrence d'échapper à l'interdiction pour autant qu'elles répondent à certaines conditions (voy. le règlement d'exemption par catégorie de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, *J.O.*, n° L 102 du 23 avril 2010).

¹⁵⁶ Sur les clauses de non-concurrence en matière de contrat de franchise, voy. P. KILESTE et C. STAUDT, *Contrat de franchise*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 41 et 192-194; P. DEMOLIN et V. DEMOLIN, *Le contrat de franchise. Les règles applicables au contrat de franchise en Belgique. Analyse et commentaire de quinze années de jurisprudence 1995-2010*, coll. Les dossiers du J.T., n° 80, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 111-115.

contrat »¹⁵⁷. Elle ne lui interdit cependant pas « d'exercer toute activité concurrente de celle faisant l'objet du contrat de franchise »¹⁵⁸.

Elle peut par exemple être rédigée comme suit :

« Compte tenu du transfert de savoir-faire du franchiseur au franchisé à l'occasion du présent Contrat, ce dernier s'engage, pendant une période de 1 an et dans un rayon de 25 kilomètres à ne pas rejoindre une enseigne concurrente à celle du franchiseur. »

Une telle clause doit-elle malgré tout subir les mêmes limites que celles applicables aux clauses de non-concurrence, que nous avons évoquées ci-dessus ? La réponse est affirmative. En effet, comme le mentionne la Commission d'arbitrage du SPF Économie dans son avis n° 2013/13 : « En fonction du secteur d'activité, la distinction entre clause de non-concurrence et de non-réaffiliation est parfois fragile. En effet, de plus en plus de commerçants choisissent de s'affilier à une enseigne pour développer un fonds de commerce, afin de bénéficier d'une politique commerciale et d'une image de marque attractive. Avec le fort développement que connaît le secteur de la franchise depuis quelques années, le fait d'être affilié à un groupe de distribution peut parfois constituer pour les magasins indépendants un élément indispensable à l'exercice de leur activité. Sans avoir le même objet, ces deux clauses peuvent ainsi aboutir, en pratique, aux mêmes effets. Si un litige devait être soulevé à l'occasion de la mise en œuvre d'une clause de non-réaffiliation, il nous semblerait judicieux de lui appliquer les mêmes conditions de validité que la clause de non-concurrence post-contractuelle. »¹⁵⁹ Selon nous, cette position doit être suivie et permet d'ailleurs d'assurer une uniformité de traitement des clauses qui ont pour objet de restreindre la liberté de concurrence.

46. Règles spécifiques applicables au contrat d'agence commerciale.

La clause de non-concurrence en matière de contrat d'agence commerciale fait l'objet d'un encadrement spécifique à l'article X.22 du C.D.E. Au sens de cette disposition, la clause n'est valable que si (§ 1^{er}) :

- 1° elle a été stipulée par écrit ;
- 2° elle concerne le type d'affaires dont l'agent était chargé ;
- 3° elle ne vise que le secteur géographique ou le groupe de personnes et le secteur géographique confiés à l'agent ;
- 4° elle n'excède pas six mois après la cessation du contrat »¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Avis n° 2013/13 de la Commission d'arbitrage du 28 mars 2013 relatif aux clauses des contrats de partenariat commercial susceptibles de constituer un obstacle à la sortie d'un réseau de distribution et d'entraîner une augmentation des prix de vente aux consommateurs, p. 25, disponible à l'adresse web http://economie.fgov.be/fr/binaries/Avis_2013_13_fr_tcm326-246942.pdf.

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰ Sur ces conditions, voy. par exemple P. DEMOLIN, *Le contrat d'agence. Droits et obligations*, *op. cit.*, n° 128, pp. 138-139.

En outre, aux termes du § 2, la clause ne produit pas ses effets lorsqu'il est mis fin au contrat d'agence commerciale par le commettant, sans invoquer un motif prévu à l'article X.17, alinéa 1^{er} (c'est-à-dire un manquement grave de l'agent ou l'existence de circonstances exceptionnelles), ou par l'agent commercial, en invoquant un motif prévu à l'article X.17, alinéa 1^{er} (c'est-à-dire un manquement grave du commettant ou l'existence de circonstances exceptionnelles).

Enfin, en cas de violation de la clause de non-concurrence, le montant de l'indemnité forfaitaire prévue au contrat est limité à « une somme égale à une année de rémunération, calculée conformément à l'article X.18, alinéa 4 ». La loi réserve cependant la possibilité pour le commettant de « réclamer une réparation supérieure, à charge de justifier de l'existence de l'étendue de son préjudice » (§ 4).

47. Sanction de l'illicéité d'une clause de non-concurrence. Les conséquences à attacher à l'illicéité d'une clause (de non-concurrence) a divisé pendant de nombreuses années la doctrine¹⁶¹. Si la sanction de la nullité était admise par tous, l'étendue de celle-ci paraissait moins évidente. Face à une clause qu'il juge illicite et contraire à l'ordre public, le magistrat doit-il en prononcer la nullité totale ou peut-il déclarer la clause partiellement nulle ? En d'autres termes, peut-on admettre la nullité partielle d'une clause au même titre que l'on tolère qu'une clause nulle n'emporte pas nécessairement la nullité de la convention dans son intégralité¹⁶² ? Récemment, dans ses arrêts du 23 janvier 2015¹⁶³ et du 25 juin 2015¹⁶⁴, abondamment commentés, la Cour de cassation s'est prononcée à deux reprises sur la question en matière de clauses de non-concurrence.

Sans entrer en détail dans l'analyse de ces arrêts, ce qui dépasserait le cadre de cette contribution, évoquons les enseignements qui en ressortent. Dans le premier arrêt, rendu par la chambre néerlandophone, la Haute juridiction déclare que « si une convention ou une clause est contraire à une disposition d'ordre public et, partant, est nulle, le juge peut, si une nullité partielle est possible, à moins que la loi ne l'interdise, limiter la nullité à la partie de la convention ou

¹⁶¹ En faveur de la nullité partielle de la clause : R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat : étude d'une notion fonctionnelle à la lumière du principe constitutionnel d'égalité*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 726-727. *Contra* : I. CLAEYS, « Nietigheid van contractuele verbintenissen in beweging », in *Sancties en nietigheden*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 311-312. Voy. également en jurisprudence : Cass., 3 février 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 151.

¹⁶² Pour des développements et des références, voy. Y. NINANE et G. DE PIERPONT, « La clause de non-concurrence », *op. cit.*, pp. 162-176.

¹⁶³ Cass. (1^{re} ch.), 23 janvier 2015, *Arr. Cass.*, 2015, p. 217, *Pas.*, 2015, p. 211, *R.D.C.*, 2016, p. 367, note A. SNYERS, *N.J.W.*, 2015, p. 913, note C. LEBON, *R.G.D.C.*, 2016, p. 187, note F. PEERAER, *T.R.V.*, 2015, p. 459, note B. BELLEN, *D.A.O.R.*, 2015, liv. 115, p. 18, note D. MERTENS, *R.W.*, 2015-2016, p. 1187, note F. PEERAER, *J.T.*, 2015, p. 734.

¹⁶⁴ Cass. (1^{re} ch.), 25 juin 2015, *J.T.*, 2015, p. 727, concl. Th. WERQUIN, note S. LAGASSE (p. 717), *J.L.M.B.*, 2015, p. 1305, *R.C.J.B.*, 2016, p. 379, note P. WÉRY, *N.J.W.*, 2015, p. 914, note C. LEBON, *R.G.D.C.*, 2016, p. 187, note F. PEERAER, *J.T.T.*, 2015, pp. 483, note M.-L. WANTIEZ.

de la clause contraire à cette disposition d'ordre public, à condition que le maintien de la convention ou de la clause partiellement annulée réponde à l'intention des parties¹⁶⁵. Dans le second arrêt, rendu à peine quelques mois plus tard, la Cour confirme la portée du premier arrêt, dans des termes presque identiques¹⁶⁶. L'importance de cet arrêt est d'autant plus grande qu'il a été rendu en assemblée plénière et qu'il a conclu à la cassation, alors que M. l'avocat général Werquin invitait dans ses conclusions au rejet du pourvoi.

Le pouvoir de modération du juge du fond à l'égard des clauses illicites semble donc désormais clairement reconnu. Néanmoins, la possibilité de prononcer la nullité partielle d'une clause est subordonnée à la réunion de plusieurs conditions : la nullité partielle *pourra* être prononcée par le juge pour autant qu'elle soit possible (1^o), qu'elle ne soit pas interdite par la loi¹⁶⁷ (2^o), et que le maintien de la clause partiellement annulée réponde à l'intention des parties (3^o)¹⁶⁸. Cette troisième condition promet à elle seule d'être source de nouvelles controverses. En effet, selon certains auteurs, cette exigence suppose que les parties aient exprimé (clairement) leur volonté de maintenir la clause partiellement annulée. Ceci implique qu'à défaut de *clause de modération* dans le contrat, le juge doit prononcer la nullité de la clause qui présente un caractère excessif¹⁶⁹. Selon une autre opinion, cette exigence ne ressort pas de ces arrêts¹⁷⁰. Ces auteurs préfèrent dès lors s'en remettre au pouvoir d'interprétation du juge qui doit « pouvoir déduire de l'analyse du contrat que les parties ont voulu que la clause survive, malgré l'amputation d'une de ses fractions »¹⁷¹.

Dans un arrêt du 18 novembre 2014, la Cour d'appel de Liège, amenée à se prononcer avant les arrêts de 2015 sur la validité d'une clause de non-concurrence dans un contrat d'agence commerciale, mais suivant la logique qui sou-

¹⁶⁵ Cass. (1^{re} ch.), 23 janvier 2015, *J.T.*, 2015, p. 734.

¹⁶⁶ La Cour de cassation a dit pour droit que : « La clause qui impose une limitation excessive de la concurrence quant à l'objet, au territoire ou à la durée est, dès lors, nulle. Le juge peut, si une nullité partielle d'une telle clause est possible, en limiter la nullité à la partie contraire à l'ordre public, pour autant que le maintien de la clause partiellement annulée réponde à l'intention des parties. »

¹⁶⁷ Certains auteurs assimilent à cette exigence le fait que la nullité partielle ne contrevienne pas à la volonté du législateur, ce qui exclut par exemple la modération des clauses de non-concurrence réglementées par la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail ; voy. en ce sens P. WÉRY, « Une nouvelle application de la flexibilité des sanctions dans le contentieux contractuel : la nullité partielle d'une clause illicite », *R.C.J.B.*, 2016, n° 3, spéc. p. 428.

¹⁶⁸ Sur ces conditions, voy. Y. NINANE et G. DE PIERPONT, « La clause de non-concurrence », *op. cit.*, pp. 172-174. Pour un commentaire de ces arrêts, voy. également D. GOT, « Les clauses de non-concurrence en matière commerciale : quelques points d'attention », *op. cit.*, p. 2 ; S. LAGASSE, « La réduction, variation de la nullité partielle, appliquée aux clauses de non-concurrence », *J.T.*, 2015, pp. 717 et s.

¹⁶⁹ P. DEMOLIN et C. DEKEMEXHE, « La validité de la clause de non-concurrence applicable pendant l'exécution du contrat de franchise », *J.T.*, 2015, p. 726, n° 23.

¹⁷⁰ Y. NINANE et G. DE PIERPONT, « La clause de non-concurrence », *op. cit.*, p. 173 ; D. MERTENS, « Het niet-concurrentiebeding : het mag ietsje meer zijn », *op. cit.*, liv. 115, p. 22, n° 6.

¹⁷¹ P. WÉRY, « Une nouvelle application de la flexibilité des sanctions dans le contentieux contractuel : la nullité partielle d'une clause illicite », *op. cit.*, pp. 387 et s., spéc. p. 421. Voy. également : F. PEERAER, obs. sous Cass., 23 janvier 2015, *R.W.*, 2015-2016, p. 1191, n° 6.

tient ceux-ci, s'était exprimée en faveur de la nullité totale de la clause illicite¹⁷². Elle avait jugé qu'il n'apparaissait pas que « dans l'esprit des parties, la clause ait été envisagée comme divisible », pour conclure : « cette clause étant nulle, elle ne peut produire aucun effet et la réclamation de [X] tendant à obtenir la condamnation de [Y] au paiement de l'indemnité qu'elle prévoit doit être rejetée. [...] »¹⁷³.

En soi, cette décision est correctement motivée¹⁷⁴. Cependant, on ignore les circonstances de fait sur lesquelles la cour d'appel s'est appuyée pour fonder son appréciation. Si celles-ci consistent uniquement en l'absence de clause explicite dans le contrat réservant la possibilité pour le juge de prononcer la nullité partielle d'une clause, ce seul motif ne nous paraît alors pas suffisant pour exclure toute volonté des parties de voir la clause survivre si l'un de ses éléments n'est pas conforme aux exigences légales.

48. Sanctions de la violation d'une clause de non-concurrence post-contractuelle. Bien souvent, les parties auront pris soin de prévoir une clause pénale dans leur convention afin d'assortir d'effets la clause de non-concurrence. L'insertion d'une clause pénale facilite la charge de la preuve du créancier de l'obligation, qui pourra prétendre au montant de cette indemnité forfaitaire en cas de violation par le débiteur de ses obligations¹⁷⁵. En outre, la clause pénale présente l'avantage de pallier les « incertitudes liées à la fixation du montant des dommages et intérêts »¹⁷⁶, auxquelles le créancier peut être confronté lors d'un procès. Lors de la rédaction de la clause, l'on veillera également à mentionner la possibilité pour le créancier de solliciter un montant de dommages et intérêts plus élevé, à charge pour lui de démontrer la hauteur de son préjudice.

En droit belge, une clause pénale est en principe valable sous réserve d'une éventuelle réduction par le juge par application de l'article 1231 du Code civil. En l'absence de clause pénale dans la convention, le droit commun de la responsabilité contractuelle est applicable, notamment en ce qu'il offre la possibilité au créancier de pouvoir choisir entre l'exécution en nature de l'obligation par le débiteur (si elle est encore possible) et/ou l'octroi de dommages et intérêts afin de réparer son préjudice¹⁷⁷.

¹⁷² Il est à noter que certains auteurs doutent que la sanction de la nullité partielle puisse s'appliquer aux clauses de non-concurrence insérées dans les contrats d'agence commerciale, voy. M.-L. WANTIEZ, « La nullité partielle d'une clause de non-concurrence », obs. sous Cass. (1^{re} ch.), 25 juin 2015, J.T.T., 2015, pp. 484 et s. À l'inverse, la majorité de la doctrine considère que la solution adoptée par la Cour de cassation leur est applicable : voy. N. GODIN et P. KILESTE, *Contrat d'agence commerciale*, op. cit., spéc. p. 143 ; D. Mertens, « Het niet-concurrentiebeding: het mag ietsje meer zijn », D.A.O.R., 2015, liv. 115, pp. 21-22, n° 5 ; P. CRAHAY, *La rupture du contrat d'agence commerciale*, op. cit., spéc. n° 171, pp. 165-166. Liège (14^e ch.), 18 novembre 2014, J.L.M.B., 2017, pp. 559 et s., obs. A. DEJOLLIER et P. KILESTE.

¹⁷⁴ A. DEJOLLIER et P. KILESTE, obs. sous Liège (14^e ch.), 18 novembre 2014, J.L.M.B., 2017, p. 559.

¹⁷⁵ D. GOL et Ch. DUVEUSART, « Les clauses de non-concurrence en droit commun », op. cit., pp. 248-249.

¹⁷⁶ Y. NINANE et G. DE PIERPONT, « La clause de non-concurrence », op. cit., p. 181.

¹⁷⁷ Pour un aperçu complet des sanctions possibles, *ibid.*, pp. 176 à 188.

C. Confidentialité¹⁷⁸

49. Obligation de confidentialité prescrite par la loi. En droit économique, on trouve de nombreux exemples dans lesquels une obligation de confidentialité – à entendre largement – est imposée aux parties ou à certaines d'entre elles, spécialement dans les contrats d'intermédiation. On songe notamment à l'article X.31 du C.D.E., applicable aux accords de partenariat commercial, aux termes duquel « les personnes sont tenues à la confidentialité des informations qu'elles obtiennent en vue de la conclusion d'un accord de partenariat commercial et ne peuvent les utiliser, directement ou indirectement, en dehors de l'accord de partenariat commercial à conclure ». On peut encore citer la loi du 11 février 2013 organisant la profession d'agent immobilier¹⁷⁹, suivant laquelle des normes déontologiques doivent imposer aux titulaires de la profession « de respecter une obligation de discrétion, à savoir que toute information obtenue par la voie professionnelle ne soit utilisée que dans un cadre professionnel, en tenant compte du droit au respect de la vie privée de tous les intéressés »¹⁸⁰ ou encore l'arrêté du Gouvernement wallon du 27 mai 2010 portant statut des agences de voyages qui leur impose une obligation de secret relativement aux informations des clients¹⁸¹.

Dans une moindre mesure, les dispositions du livre X du C.D.E. applicables au contrat d'agence commerciale peuvent également être citées : l'obligation imposée à l'agent commercial de veiller aux intérêts du commettant et d'agir loyalement et de bonne foi¹⁸² est en effet interprétée comme un devoir de l'agent de s'abstenir de divulguer des secrets commerciaux ou industriels (pendant l'exécution du contrat ou après sa dissolution), ou d'exploiter après la cessation du contrat les informations confidentielles dont il aurait eu connaissance¹⁸³. Les prestataires de services de confiance, qu'ils soient qualifiés ou non qualifiés, sont également tenus de respecter les règles en matière de protection des données à caractère personnel¹⁸⁴, outre qu'il leur incombe de prendre des « mesures techniques et organisationnelles adéquates pour gérer les risques liés à la sécurité des services de confiance qu'ils fournissent »¹⁸⁵. Lorsqu'ils sont qualifiés, il leur incombe en outre d'« utiliser des systèmes fiables pour stocker

¹⁷⁸ Sur cette question, voy. H. JACQUEMIN, « Les obligations de confidentialité dans certains contrats d'intermédiation », in St. GILSON et V. CASSIERS (coord.), *L'entreprise et le secret*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 133 et s.

¹⁷⁹ M.B., 22 août 2013.

¹⁸⁰ Art. 13, 2^e, de la loi.

¹⁸¹ Art. 18, 1^{er} c), de l'arrêté du gouvernement wallon du 27 mai 2010 portant statut des agences de voyages, M.B., 16 juin 2010.

¹⁸² Art. X.4 du C.D.E.

¹⁸³ P. DEMOLIN, *Agent commercial, agent de banque, agent d'assurance*, Waterloo, Kluwer, 2007, pp. 63-64, n° 45. Voy. aussi Cl. VERBRAEKEN et A. DE SCHOUTHEETE, *Manuel des contrats de distribution commerciale*, Diegem, Kluwer, 1997, p. 109, n° 87.

¹⁸⁴ Art. 5 du règlement eIDAS.

¹⁸⁵ Art. 19 (1) du règlement eIDAS.

les données qui [leur] sont fournies», tout en prenant des « mesures appropriées contre la falsification et le vol des données »¹⁸⁶.

Aux règles particulières citées précédemment s'ajoutent les nombreuses dispositions légales ou réglementaires plus générales, susceptibles d'être invoquées en droit économique, eu égard à leur champ d'application large. On peut mentionner l'obligation de secret des affaires et/ou professionnel¹⁸⁷, le droit à la protection de la vie privée des personnes physiques ou morales et les exigences de bonne foi ou de loyauté¹⁸⁸.

50. Obligation de confidentialité établie conventionnellement. Par application du principe de la liberté contractuelle, les parties peuvent convenir de s'imposer mutuellement une obligation de confidentialité¹⁸⁹. Lorsque les négociations commerciales impliquent (comme ce sera généralement le cas) que chaque partenaire divulgue certaines informations couvertes par le secret et/ou la confidentialité, les parties veilleront généralement à signer d'entrée de jeu une convention de confidentialité (ou NDA – *Non Disclosure Agreement*). La convention signée ultérieurement par les opérateurs économiques contiendra également une clause de confidentialité, applicable indifféremment à tous les cocontractants, et qui « survivra » généralement à la dissolution du contrat (pendant une période contractuellement convenue).

Les parties étant libres de définir le contenu et la portée de cette clause particulière (dans la limite des dispositions impératives ou d'ordre public, applicables par ailleurs), on peut théoriquement trouver autant de clauses de confidentialité différentes que de contrats. En pratique, il s'agit cependant d'une clause assez standard et, sous réserve de différences de formulation, on y trouve généralement les éléments suivants.

Les parties veilleront d'abord à définir, plus ou moins largement, ce qu'elles entendent par « information confidentielle ». Parallèlement, elles s'emploieront à déterminer les critères permettant d'exclure certaines données du champ d'appli-

cation de la clause (informations appartenant au domaine public ou déjà connues du cocontractant avant l'entrée en vigueur de la convention, etc.). Sur le plan matériel, la clause de confidentialité réglera ensuite les obligations de la partie qui reçoit ou a accès aux informations concernées (interdiction générale de révéler l'information et détermination des personnes susceptibles d'en prendre connaissance au sein de l'entreprise, destruction ou restitution des informations confidentielles sur demande, etc.) et les hypothèses dans lesquelles elle sera dispensée de respecter ces obligations (obligation légale ou réglementaire, demande d'une autorité publique, etc.). Le non-respect de la clause peut également être assorti d'une sanction lourde (clause pénale, possibilité de mettre fin au contrat, etc.).

51. Durée de l'obligation de confidentialité. Les clauses de confidentialité prévues contractuellement par les parties seront en tout cas applicables pendant la durée du contrat (ou pendant la durée des négociations, si un NDA a été conclu pour couvrir cette période).

En toute logique, il est également stipulé qu'elles resteront valables après la dissolution du lien contractuel, quelle qu'en soit la raison : c'est en effet à ce moment que le risque est grand de voir l'une des parties réutiliser certaines informations à son profit, voire les communiquer à des tiers. Une durée peut être spécifiquement prévue (une période de deux à cinq ans en général), en fonction des circonstances de l'espèce.

Le point de départ de ce délai doit également être fixé avec précision (divulgateur ou fin du contrat, par exemple). On peut imaginer qu'aucune durée ne soit indiquée. Dans cette dernière hypothèse, on se souviendra néanmoins que le caractère confidentiel d'une information est limité dans le temps. Il est difficile de soutenir qu'après plusieurs années, des informations relatives aux ventes ou aux parts de marché présentent encore une valeur commerciale qui justifie qu'elles bénéficient du régime de protection. Dans une communication de la Commission européenne, on peut ainsi lire qu'en règle générale, celle-ci considère que « les informations relatives au chiffre d'affaires, aux ventes, aux parts de marché des parties et autres données similaires datant de plus de cinq ans ne sont plus confidentielles »¹⁹⁰.

52. Sanction du non-respect de l'obligation de confidentialité. Les mesures susceptibles d'être prises en cas de méconnaissance de l'obligation de confidentialité sont nombreuses. Dès lors que, comme on l'a vu, des obligations de confidentialité ou de secret sont prescrites par des dispositions pénales (art. 309, 458, 314bis, etc., C. pén.), il va de soi que leur application – pour autant qu'elle se justifie – pourra donner lieu à l'application des peines prévues par celles-ci.

¹⁸⁶ Art. 24 (2), f) et g), du règlement eIDAS.

¹⁸⁷ Voy. l'article 458 du Code pénal (secret professionnel) ou l'article 309 du Code pénal (secret de fabrique).

¹⁸⁸ Art. 1134, al. 3, C. civ. Par application de la fonction complétive de la bonne foi, on peut ajouter aux obligations contractuelles acceptées par ailleurs de nouveaux devoirs, à charge des parties ou de l'une d'elles. Si ce fondement a surtout permis à la jurisprudence et à la doctrine d'imposer des obligations d'information, de renseignement, de conseil ou de mise en garde, on peut également l'invoquer dans l'hypothèse contraire, pour interdire la divulgation ou l'utilisation de certaines informations obtenues par un opérateur économique en cours de négociation ou d'exécution du contrat. En ce sens, P.A. FORIERS, « Concurrence et preuve : *quid* en cas de clause de confidentialité ? », in *Le droit des affaires en évolution. Que dire ou ne pas dire avant de conclure un contrat ?*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 441 ; A. MOTTET HAUGAARD et M. VERHULST, « La nouvelle loi relative à l'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial », D.A.O.R., 2006, p. 129 ; P. MARCHANDISE, « La libre négociation, droits et obligations des négociateurs », J.T., 1987, p. 623.

¹⁸⁹ Sur les accords de confidentialité, voy. p. ex. P.A. FORIERS, *ibid.*, pp. 437 et s. ; M. FONTAINE et F. DE LY, *Drafting international contracts. An analysis of Contracts Clauses*, Ardsley, Transnational Publishers, 2006, pp. 231 et s.

¹⁹⁰ Communication de la Commission relative aux règles d'accès au dossier de la Commission dans les affaires relevant des articles 81 et 82 du traité CE, des articles 53, 54 et 57 de l'Accord EEE et du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil, J.O., n° C 325 du 22 décembre 2005, point 23. Voy. aussi E. DE LOPHEM, « For your eyes only – L'accès des tiers au dossier de l'instruction dans les procédures en matière de pratiques restrictives de concurrence, en droit belge », T.B.M./R.C.B., 2010, p. 19.

Sur le plan civil, les parties peuvent convenir contractuellement de certaines sanctions : une clause pénale peut ainsi être introduite, pour fixer forfaitairement le montant des dommages et intérêts. Les parties veilleront à fixer un montant suffisamment dissuasif, étant entendu que la clause doit conserver un caractère indemnitaire, sous peine d'être réduite par le juge conformément à l'article 1231 du Code civil. La violation de cette obligation peut être citée parmi les causes possibles de résolution du contrat (en cas de pacte commissaire exprès).

Parmi les mesures utiles, on peut encore citer l'action en cessation commerciale, introduite devant le président du tribunal de commerce compétent. S'il aboutit, ce type de recours peut se révéler particulièrement efficace puisque le juge pourrait être amené à interdire toute utilisation, par la partie citée, des informations obtenues illégalement (l'empêchant ainsi de poursuivre normalement ses activités professionnelles). Il faudrait cependant éviter un certain nombre d'écueils. Il faut en effet libeller l'ordre de cessation avec précision¹⁹¹, tout en évitant que celui-ci n'aboutisse « à interdire l'exercice normal d'une activité commerciale dans le chef du défendeur »¹⁹². En outre, si on fonde l'action en cessation sur l'existence d'un acte contraire aux pratiques honnêtes du marché (art. VI.104 du C.D.E.), il faudra démontrer que les conditions du concours de responsabilité sont réunies, notamment parce que la pratique constitue également une infraction pénale¹⁹³.

En tout état de cause, dans l'hypothèse spécifique de la violation d'une obligation de confidentialité, il faut garder à l'esprit que, si des sanctions civiles existent et peuvent effectivement être invoquées, elles pourront se révéler insuffisantes pour réparer adéquatement le dommage. C'est sans aucun doute une lapalissade mais le principal intérêt du secret est... de rester secret. Une fois dévoilé, il perd l'essentiel de sa valeur commerciale. Dès que l'information confidentielle est divulguée, les dommages-intérêts éventuels ou la dissolution du contrat ne constitueront qu'un pis-aller qui interviendra à contretemps et

¹⁹¹ M.-Cl. ERNOTTE, « L'action en cessation – Le point sur les aspects procéduraux de l'action comme en référé en matière de pratiques du marché et modifications introduites par les lois du 6 avril 2010 », in N. THIRION (dir.), *Actualités en matière de pratiques du marché et protection du consommateur*, coll. CUP, vol. 125, Liège, Anthemis, 2010, p. 202, n° 35 ; D. MOUGENOT, « L'action en cessation. Les particularités procédurales d'un mécanisme atypique », in E. BALATE, A. CRUQUENAIRE et D. MOUGENOT, *Actualités de droit commercial*, coll. Recyclage en droit, Limal, Anthemis, 2010, pp. 117-118, n° 50 ; J.-Fr. MICHEL, « Les actions en cessation en droit de la consommation », in J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK (coord.), *Les actions en cessation*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 121 ; Liège, 12 juin 2008, *I.R. D.J.*, 2008, p. 339.

¹⁹² M.-Cl. ERNOTTE, *ibid.*, p. 202, n° 35 ; D. MOUGENOT, *ibid.*, p. 118, n° 50.

¹⁹³ L'interdiction des actes de concurrence déloyale est en effet fondée sur l'article 1382 du Code civil. Aussi considère-t-on généralement que les manquements contractuels ne peuvent pas être sanctionnés sur cette base, sauf à démontrer que les conditions du concours de responsabilité sont réunies (la faute ne doit pas être purement contractuelle et le dommage ne doit pas être purement contractuel). Sur ce point, voy. O. BATTARD, J. LIGOT et F. VANBOSSELE, *Les pratiques loyales*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 296 et s.

sera sans réel intérêt pour l'entreprise (puisque, par définition, ses secrets, qui lui permettraient de se démarquer de ses concurrents, ne le sont plus).

Aussi faut-il conseiller aux entreprises d'exploiter autant que possible la fonction dissuasive et préventive de la sanction civile, par exemple en introduisant une clause pénale condamnant au paiement d'un montant élevé de dommages et intérêts en cas de violation de l'obligation de confidentialité.

Essai de synthèse et considérations finales

53. Diversité des règles applicables aux obligations post-contractuelles. Les obligations post-contractuelles sont nombreuses et variées. Cette diversité se manifeste au niveau des sources (légales, conventionnelles ou jurisprudentielles), des règles matérielles applicables (confidentialité, non-débauchage, réversibilité, indemnité d'éviction, migration auprès d'un autre prestataire, etc.) ou des sanctions susceptibles d'être prononcées en cas de non-respect (sanctions administratives, sanctions pénales, sanctions civiles spécifiques, clauses pénales, action en cessation de l'acte de concurrence déloyale, application du droit commun des obligations, etc.).

Nonobstant le caractère hétérogène du tableau ainsi dressé, il nous paraît possible de mettre en évidence des lignes de force récurrentes.

Dès lors que, sous réserve de l'exigence de bonne foi, ces obligations font l'objet de rares dispositions légales ou réglementaires de nature transversale (et tirées, par exemple, de la théorie générale des contrats et des obligations), la liberté contractuelle est utilement mobilisée par les parties pour garantir un niveau élevé de sécurité juridique en prévenant les risques susceptibles de survenir à la fin du contrat, ou ultérieurement (voy. *infra*, n° 54). Parallèlement, pour pallier le silence des parties ou les abus potentiels de l'une d'elles et, ainsi, pour protéger l'un des cocontractants jugé plus faible ou l'ordre public, le législateur est intervenu pour encadrer, de façon ponctuelle et ciblée, certaines obligations post-contractuelles (voy. *infra*, n° 55).

54. Liberté contractuelle mobilisée pour gérer les risques. Par application du principe de la liberté contractuelle¹⁹⁴, les parties veillent généralement à utiliser la marge de négociation dont elles disposent pour encadrer les suites de la fin du contrat, qu'il s'agisse de liquider le passé (avec des clauses de réversibilité pour les données, d'indemnisation en cas de rupture anticipée du contrat ou de gestion des commandes en cours, etc.), ou d'anticiper l'avenir,

¹⁹⁴ Sans recevoir de consécration légale expresse dans le Code civil, il n'est pas contesté qu'il s'agit d'un principe fondamental du droit des contrats, qui permet aux parties de conclure (ou de ne pas conclure) le contrat, de choisir librement leur cocontractant, ainsi que la figure contractuelle retenue et son contenu (en ce sens, P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, op. cit., pp. 124 et s. ; P. VAN OMMESSLAGHE, *Droit des obligations*, t. 1, op. cit., pp. 152 et s.).

en s'assurant que les risques qui ne disparaissent pas au moment de la fin du contrat demeurent couverts (confidentialité, non-concurrence, etc.).

Cette intervention des parties dans la définition de leurs droits et obligations respectifs doit assurément être approuvée, spécialement si elle a lieu *in tempore non suspecto*, lorsque les relations contractuelles permettent de trouver des solutions équilibrées et raisonnablement acceptables pour chaque cocontractant. Pour le dire autrement, l'effort d'anticipation de ce qui pourrait se passer après la fin du contrat (soit, dans certains cas, plusieurs années plus tard), doit avoir lieu en marge de sa conclusion. À défaut, lorsque la difficulté survient, et que les parties ne souhaitent plus collaborer, il deviendra très compliqué de trouver un accord et elles n'auront alors plus d'autre choix que de s'adresser aux cours et tribunaux pour résoudre le litige, avec les inconvénients qui en résultent en termes de coûts, de durée, et d'imprévisibilité.

55. Des interventions législatives de plus en plus nombreuses pour protéger la partie faible au rapport contractuel. Dans un grand nombre d'hypothèses, les parties ne sont pas sur un pied d'égalité. L'une d'elles peut en effet souffrir d'un manque de connaissance sur des éléments de fait ou de droit du rapport contractuel. Elle peut aussi se trouver dans une situation de dépendance vis-à-vis du cocontractant, de sorte qu'elle est prête à accepter des conditions potentiellement dommageables, et être ainsi – à terme – victime de pratiques abusives ou déloyales de la part de ce dernier.

On observe que, dans la majorité des cas, les interventions législatives ont pour finalité de protéger l'une des parties, supposée plus faible, de manière à rétablir l'équilibre contractuel. Les manifestations du phénomène tendent d'ailleurs à se multiplier.

La faiblesse s'explique moins par la qualité de la personne concernée (professionnel ou consommateur, par exemple) qu'à l'aune de l'objet même du contrat (intermédiation, traitement des données, etc.). Cette partie faible peut en effet être un professionnel, spécialement dans le secteur de l'intermédiation commerciale : on songe à l'agent commercial ou au concessionnaire, pour lesquels le législateur est intervenu en leur octroyant une indemnité d'éviction ou, le cas échéant, en encadrant certaines clauses, telle la clause de non-concurrence. Il peut aussi s'agir d'un consommateur, comme il ressort de la proposition de directive sur certains aspects des contrats relatifs à la fourniture de contenus numériques ou de l'interdiction des pratiques commerciales agressives. Enfin, la loi peut viser toute personne physique potentiellement concernée en matière de traitement des données à caractère personnel.

On peut d'ailleurs s'interroger sur l'opportunité d'introduire une disposition générale imposant aux parties de collaborer de bonne foi à la fin du contrat (ou, en le formulant différemment, interdisant toute pratique de nature à créer un obstacle à la dissolution du contrat ou la conclusion d'un contrat avec un autre prestataire), voire une règle consacrant la survivance de toute obligation contractuelle présentant encore quelque utilité après la fin du contrat.

56. Sanctions efficaces. En tout état de cause, une attention spécifique doit être portée aux sanctions susceptibles d'être appliquées en cas de non-respect des obligations post-contractuelles.

En droit commun des obligations, il reste certes la possibilité de demander l'exécution forcée du contrat ou d'engager la responsabilité contractuelle de la partie défaillante. La résolution du contrat semble par contre plus discutable : les principales obligations prescrites par le contrat ont été (correctement) exécutées, ce qui compromet l'existence d'un manquement suffisamment grave¹⁹⁵.

Sur ce point également, il faut encourager les parties à régler la question contractuellement, par exemple en introduisant des clauses pénales suffisamment dissuasives, mais dont le caractère indemnitaire reste établi (à défaut, elles pourront en effet être réduites par le juge conformément à l'article 1231 du Code civil, ou la clause frappée de nullité, dans les relations B2C, en vertu de l'article VI.83, 24°, du C.D.E.).

¹⁹⁵ M. FONTAINE, « Les obligations "survivant au contrat" dans les contrats internationaux », *op. cit.*, p. 27.